Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich von Glück

Geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte an der Friedrich = Alexanders Universität in Erlangen, Ritter des Civil = Verdienst = Ordens der bayer. Krone.

Neunzehnten Theils zweite Abtheilung.

Zweite, unveränderte Auflage.

Erlangen

in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.

1845.

Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich von Glück
Geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte an der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen, Ritter des Civil-Verdienst-Ordens der bayer. Krone.

Neunzehnten Theils zweite Abtheilung.

Zweite, unveränderte Auflage.

Erlangen
in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.
1845.

Lib. XX. Tit. IV.

Qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur, et de his, qui in priorum creditorum locum succedunt.

§. 1093.

Privilegirte und simple Pfandrechte. Gründe des Vorzugs mehrerer mit einander collidirender Pfandgläubiger.

Wenn verschiedenen Gläubigern ein Pfandrecht an derselben Sache ihrer Schuldner zusteht, so ist es der Natur der Sache gemäß, daß jeder sein Pfandrecht an der ganzen Sache verfolgen kann, ohne auf das Pfandrecht des andern Pfandgläubigers Rücksicht zu nehmen[1]). Hiedurch unterscheiden sich Pfandgläubiger von blos chirographarischen Gläubigern, welche sich, nachdem jene befriedigt sind, eine Theilung des übrigen Vermögens pro rata debiti quantitate, wie die Kaiser Diocletian und Maximian[2]) rescribirt haben, gefallen lassen müssen, sofern ihnen nicht etwa ein privilegium exigendi zukommt. Der Grund dieses Unterschiedes ist, weil der Gläubiger durch das Pfandrecht ein Recht an der ganzen Substanz

1) *L.* 12. *pr. et* §. 7. *D. Qui potiores in pignore.*

2) *L.* 6. *VII.* 72. *Cod. de bonis auctorit. iudic. possid.*

der Sache erhält, das Pfandrecht des zweiten Gläubigers also nur unter der Bedingung gelten kann, wenn der erstere Gläubiger befriedigt ist[3]). Allein den sämmtlichen chirographarischen Gläubigern ist der Schuldner auf gleiche Weise verpflichtet[4]). Wenn nun aber verschiedene Pfandgläubiger bei Ausübung ihres Pfandrechts mit einander in Collision gerathen, so gilt eine eigene Rangordnung[5]), welche durch die Regel bestimmt wird, daß das bessere Pfandrecht den Vorzug vor dem schlechteren habe[6]). Das bessere Pfandrecht ist überhaupt dasjenige, welches mit einem Vorzugsrechte versehen ist. Man kann es ein privilegirtes im weiteren Sinne nennen. Ein Pfandrecht erhält aber seinen Vorzug entweder durch sein Alter, (Justinian[7]) nennt diesen Vorzug des Alters bei Hypotheken selbst anterioris temporis privilegium), oder durch eine besondere Begünstigung der Gesetze, ohne Rücksicht auf das Alter, welches man ein privilegirtes Pfandrecht im engen und eigentlichen Sinne nennt;

3) *L.* 15. §. 2. *D. de pignorib.* Hier sagt Cajus: Et solida res inesse conventioni videtur, cum a primo creditore fuerit liberata. Add. *L.* 8. *Cod. h. t.*

4) *Io. Nic.* Hertius de paroemiis iuris germ. Lib. I. Paroem. 49. §. 14. in *Opuscul.* Vol. I. Tom. III. pag. 496.

5) S. Christ. Gottl. von Gmelin Ordnung der Gläubiger bei dem Gantprozesse. Stuttgart und Tübingen 1813. Christoph Christ. Dabelow ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger Kap. 8. und Kap. 21.

6) Hugo Lehrbuch der Pandecten. §. 76. Thibaut Syst. des Pand. Rechts 2. B. §. 654.

7) *L.* 12. §. 1. *Cod. h. t.* Eben so Ulpian *L.* 10. *D. h. t.*

oder durch den Beweis aus einem instrumento publico oder quasi publico, während das collidirende andere Pfandrecht blos auf einem instrumentum privatum beruht. Die Rangordnung der Pfandgläubiger ist also nach folgenden Regeln zu bestimmen:

1) Das ältere Pfandrecht geht dem jüngeren vor[8]. Die Gesetze[9] drücken diese Regel so aus: Cum de pignore contenditur, praevalet iure, qui praevenit tempore, oder qui prior est tempore, is potior est iure. Der Grund dieser Regel ist: weil der Schuldner durch die weitere Verpfändung der Sache das wohlerworbene Recht des älteren Pfandgläubigers nicht beeinträchtigen durfte[10]. Der ältere Pfandgläubiger ist aber derjenige, welcher dem Schuldner zuerst Geld vorgeschossen, und deshalb eine Hypothek erhalten hat[11]. Dieser hat den Vorzug vor demjenigen Pfandgläubiger, welcher erst späterhin eine Hypothek erhielt, wenn er auch früher creditirt hätte[12]. Es kommt also bei dem Vor-

8) *L.* 2. *D. h. t.* *L.* 7. *Cod. h. t.* VIII. 18.

9) *L.* 2. *et* 4. *Cod. eodem.* S. *Jan. a* Costa Praelection. ad illustriores quosd. titulos locaq. selecta iur. civ. pag. 10. und *Io. Frid.* Wahl Progr. de praerogativa creditorum hypothecariorum ex temporis privilegio. *Götting.* 1755.

10) Gesterding Lehre vom Pfandrecht. §. 30.

11) *L.* 11. *pr. D. h. t.* Potior est in pignore, *qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam*: quamvis cum alio ante convenerat, ut si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata, licet ab eo postea accipit.

12) *L.* 12. §. 2. *D. h. t.* Si primus, qui sine hypotheca credidit, post secundum, *qui utrumque fecit*, ipse hypothecam accepit, sine dubio *posterior in hypotheca* est.

zuge der Zeit nicht auf das Alter der Forderung, sondern auf das Alter des Pfandrechts an. Die Regel, daß das Pfandrecht für vorzüglicher zu halten sey, welches der Zeit nach früher constituirt wurde, ist übrigens ganz allgemein, und gilt nicht nur gegen jeden Gläubiger, selbst gegen den Staat und Fiskus[13]), sondern findet auch bei allen Arten von Pfandrechten statt, sie seyen gesetzliche oder richterliche, conventionelle oder testamentarische[14]). Es muß nur die Hypothek an sich und die Priorität ihres Alters vollkommen erwiesen seyn; dann rangiren selbst öffentliche Hypotheken mit Privat-Hypotheken nach dem Alter, geschweige denn, daß jene einen Vorzug, als öffentliche, vor den gesetzlichen haben sollten[15]); und es kommt dann auch darauf nicht an, ob das Pfandrecht des einen Gläubigers per pactum hypothecae, und das des andern Gläubigers durch den Pfandcontract bestellt worden ist. Denn ohne Zweifel geht der ältere hypothekarische Gläubiger auch demjenigen vor, dem dieselbe Sache späterhin zum Pfande übergeben wurde[16]). Es

13) *L.* 8. *D. L.* 4. *Cod. h. t.*

14) *L.* 10. *D. L.* 2. *et* 3. *Cod. h. t. L.* 3. *VI.* 54. *Cod. Ut in possessionem legatorum.* S. Dabelow vom Concurse der Gläubiger. S. 313. u. S. 624.

15) Heinr. Ernst Ferd. Bolley Lehre von öffentlichen Unterpfändern. §. 120 — 122. Dabelow im angeführten Buche S. 311. ff. und S. 622. Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 76. Not. 3. S. 65. der 4ten Aufl. S. auch den 18. Th. dieses Commentars §. 1081.

16) *L.* 12. §. *ult. D. h. t.* **Si priori hypotheca obligata sit, nihil vero de venditione convenerit, posterior vero de hypotheca vendenda convenerit, verius est, priorem po-**

macht auch endlich bei Anwendung der gedachten Regel keinen Unterschied, ob das Pfandrecht ein generelles oder specielles ist. Daher hat der Gläubiger, der früher ein allgemeines Pfandrecht auf dem Vermögen des Schuldners erhielt, unstreitig den Vorzug vor demjenigen, welchem späterhin eine einzelne Sache von diesem Vermögen speciell verpfändet worden ist, und ersterer kann seine Befriedigung auch an der speciell verpfändeten Sache suchen, wenn er auch aus dem übrigen Vermögen seine Befriedigung erhalten könnte [17]). Denn an sich haben General- und Special-Hypotheken einen ganz gleichstehenden Rang [18]).

tiorem esse. *Nam et in pignore placet, si prior convenerit de pignore, licet posteriori res tradatur, adhuc potiorem esse priorem.*

17) *L.* 2. *D. h. t. L.* 6. *Cod. eodem.* S. den 18. Th. dieses Commentars §. 1878. S. 224. und §. 1079. S. 246., wo diese L. 2. näher erklärt ist. Man vergleiche übrigens *I. F.* Wordenhoff Diss. de concursu et collisione utriusque hypothecae tum generalis tum specialis. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. novo Dissertat. iurid. Belgic.* Vol. I. T. II. Nr. XI. pag. 691.) und *Io. Christoph.* Koch Diss. de concursu hypothecae specialis et generalis. *Giessae* 1782.

18) *L.* 7. §. 1. *D. h. t.* Albr. Schweppe System des Concurses der Gläubiger §. 69. Einige Rechtsgelehrte wollen zwar behaupten, daß man dem jüngeren Special-Pfandrecht insofern wohl den Vorrang geben könne, als dieses dem ersteren General-Pfandgläubiger nichts schadet. Z. B. *Fr.* Alef in Diss. de viribus hypothecae generalis, in occursu alterius specialis posterioris. *Heidelb.* 1762. §. 24. und Thibaut Syst. des Pand. Rechts §. 637. a. E. Sie berufen sich auf *L.* 47. *pr. D. de iure fisci* und *L.* 2. *Cod. de pignor.* Allein beide Gesetze reden von ganz anderen Fällen, und ent-

Daraus folgt aber auch, daß die ältere Specialhypothek vor der jüngeren Generalhypothek in Ansehung dieser speciell verpfändeten Sache den Vorzug hat[19]). Wie aber, wenn der Schuldner verschiedenen Gläubigern zu verschiedenen Zeiten eine General-Hypothek ertheilt hat, ist auch an den Sachen, welche erst nach der letzteren Verpfändung des Vermögens vom Schuldner erworben worden sind, das Pfandrecht des ersten Gläubiger für älter und vorzüglicher zu halten, als das des zweiten Gläubigers[20])? Ich habe diese Frage schon an einem andern Orte[21]) dahin entschieden, daß in Ansehung der nach der Bestellung beider Hypotheken erworbenen Güter beide Pfandgläubiger gleiche Rechte haben. Das Gegentheil hat zwar von Fried. Theoph. Kamm[22]) in einer eigenen Dissertation ausgeführt werden wollen; allein die Gründe sind nicht überzeugend. Eine nähere Prüfung derselben wird dieß zeigen. Es soll nämlich 1) schon die gesunde Vernunft lehren, daß das Recht des ersten General-Pfandgläubigers keinen Nachtheil leiden dürfe durch die dem zweiten

halten keine Abänderungen der L. 2. D. h. t. S. *Frid. Es.* a Pufendorf Observat. iuris univ. Tom. IV. Obs. 127. §. 2. und den 18. Th. dieses Commentars §. 1079. S. 247. u. §. 1083. Not. 97. S. 331. f. Vergleiche auch Weber von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 101. S. 443. ff.

19) *L.* 8. *D. h. t.* Pufendorf c. l. §. 4. und Koch cit. Diss. §. 13.

20) Hugo in dem Lehrb. der Pandecten §. 76. Not. 2. hat diese Frage aufgeworfen.

21) S. den 18. Th. dieses Commentars §. 1078. S. 216.

22) De concursu hypothecae generalis prioris et posterioris in rebus post utramque adquisitis. *Giessae* 1791.

Pfandgläubiger bestellte General-Hypothek. Der erste Pfandgläubiger müsse also dem zweiten Gläubiger auch in Ansehung der nach der zweiten Verpfändung erworbenen Güter vorgehen. Allein dieser Grund paßt nur auf das vor der zweiten Verpfändung schon erworbene Vermögen des Schuldners; hierauf hatte der erstere General-Pfandgläubiger ein Recht erworben, welches ihm durch eine zweite Verpfändung nicht geschmälert werden durfte. Dagegen lehrt die Natur der Sache, daß der Gläubiger an einer **res futura debitoris** nicht eher ein Pfandrecht erwerben könne, als wenn der Schuldner das Eigenthum daran erworben hat. So lehren auch die Gesetze[23]). Wenn daher der Schuldner an **rebus futuris** zu verschiedenen Zeiten verschiedenen Gläubigern ein Pfandrecht ertheilt und dann in der Folge Güter erwirbt, so haben ja natürlich Alle an den nach der Verpfändung erworbenen Gütern gleiche Rechte, weil ihre Pfandrechte in Ansehung derselben von gleichem Alter sind. Auch hieran lassen uns die Gesetze nicht zweifeln[24]). Zwar glaubt Kamm die engegengesetzte Meinung auch 2) durch meh-

23) *L.* 34. §. 2. *D. de pignorib.* S. den 18. Th. dieses Commentars. §. 1078. S. 218.

24) *L.* 7. §. 1. *D. h. t.* Si tibi, quae habiturus sum, obligaverim, et Titio specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium eius adquisiero, putat Marcellus, *concurrere utrumque creditorem et in pignore.* Non enim multum facit, quod de suo nummos debitor dederit: quippe cum res ex nommis pigneratis emta non sit pignerata ob hoc solum, quod pecunia pignerata erat. S. Gesterding Lehre vom Pfandrecht §. 4. S. 59.

rere Gesetzstellen unterstützen zu können; allein man darf ihnen nur einige Aufmerksamkeit widmen, um sich zu überzeugen, daß sie für jene Meinung nichts beweisen. Das erste Gesetz ist ein Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian, und lautet *L. 7. Cod. h. t.* folgendermaßen: Licet iisdem pignoribus multis creditoribus diversis temporibus datis, priores habeantur potiores, tamen eum, cuius pecunia praedium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter obligatum statim convenit, omnibus anteferri iuris auctoritate declaratur. Man erklärt hier das praedium, von welchem in dem Gesetze die Rede ist, von einer res *postea* adquisita. Es sey also vorauszusetzen, daß die creditores *priores*, deren im Anfange des Rescripts Erwähnung geschieht, eine Generalhypothek erhalten hätten. Unter diesen gelte folglich auch in Ansehung der nachher erworbenen Güter die Regel, daß der ältere Pfandgläubiger dem jüngeren vorgehe. Von dieser Regel werde hier aus dem Grunde der Billigkeit eine Ausnahme in Ansehung desjenigen Gläubigers gemacht, der das Geld zum Ankaufe des Grundstücks vorgeschossen hat, von welchem das Gesetz spricht, und sich dieses Grundstück hat speciell verpfänden lassen. Dieser Pfandgläubiger sey zwar der Zeitordnung nach der letztere, seine Hypothek gehe aber doch allen älteren Pfandrechten vor, weil sie in Ansehung des mit seinem Gelde angeschafften Grundstücks eine privilegirte sey. Allein die Folge, welche hier aus diesem Gesetze, gegen dessen übrige Erklärung nichts einzuwenden seyn möchte, gezogen wird, nämlich, daß unter mehreren Pfandgläubigern, die zu verschiedenen Zeiten eine Generalhypothek erhalten haben, auch

in Ansehung der nach Bestellung der letzteren Generalhypothek erworbenen Güter des Schuldners die Regel: quod *prior* habeatur *potior*, gelte, ist offenbar zu willkührlich. Es läßt sich nur soviel aus dem Gesetze folgern, daß, wenn die Hypothek des jüngeren Specialpfandgläubigers nicht privilegirt gewesen wäre, ihm alle älteren Pfandgläubiger vorgegangen wären, in welcher Ordnung aber mehrere Pfandgläubiger, denen eine dem Alter nach verschiedene Generalhypothek an dem Vermögen des Schuldners zusteht, aus einer res postea acquisita ihre Befriedigung erhalten, ist hier nicht entschieden worden. Das andere Gesetz ist eine Stelle aus Scävola's *libro XXVII. Digestorum*, welche nach *L.* 21. *D. h. t.* so lautet: Titius Sejae ob summam, qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori *omnia bona sua*, *quae habebat*, *quaeque habiturus esset:* postea mutuatus a fisco pecuniam, pignori ei *res suas omnes* obligavit, et intulit Sejae partem debiti, et reliquam summam novatione facta eidem promisit, in qua obligatione similiter, ut supra, de pignore convenit. Quaesitum est, an Seja praeferenda sit fisco et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit; item in his rebus, quas post priorem obligationem adquisiit, donec universum debitum suum consequatur? Respondit, nihil proponi, cur non sit praeferenda. Allein so verschieden auch die Erklärungen sind, welche die Rechtsgelehrten[25]) von diesem Gesetze gemacht haben, so beweist

25) Man sehe *Io.* WOLBERS Observation. Decas (*Groeningae* 1736.) Cap. 3. adject. *Petri de* TOULLIEU Collectan. iur. civ. *Groeningae* 1737. 4. ab eo edit.

es doch gegen unsere Meinung nichts. Es ist bereits an einem andern Orte [26]) bemerkt worden, daß der Fiskus zur Zeit des Scävola wegen seiner Forderungen aus Contracten noch nicht einmal eine gesetzliche, geschweige eine privilegirte Hypothek hatte. Darum hatte sich der Fiskus eine Generalhypothek an den Gütern des Titius, seines Schuldners, ertheilen lassen. Schon vor ihm hatte aber der nämliche Schuldner einer anderen Gläubigerin, der Seja, sein ganzes Vermögen, gegenwärtiges und zukünftiges, für eine Summe verpfändet, wozu er ihr aus einer geführten Vormundschaft verurtheilt worden war. Er trägt mit dem von dem Fiskus erborgten Gelde einen Theil seiner früheren Schuld ab, und geht wegen des bleibenden Restes mit der Seja eine Novation ein, die Gläubigerin bedingt sich jedoch dabei aus, daß das Pfandrecht auf gleiche Weise, wie zuvor, fortdauern solle. Nach dieser **Species facti** war also zwischen dem Titius und der Seja ein doppelter Vertrag geschlossen worden, der erste, ehe noch der Schuldner mit dem Fiskus contrahirt hatte, der andere nach diesem Contrakt. Nun entstand die Frage, ob die Seja doch noch dem Fiskus vorzuziehen sey, und zwar sowohl 1) in Ansehung derjenigen Güter, welche der Schuldner zu der Zeit besaß, wo er der Gläubigerin wegen ihrer ersteren Forderung ein Pfandrecht ertheilte, als 2) in Ansehung derjenigen Güter, welche der Schuldner noch nachher und bis zu der Zeit hin, wo sie völlig befriedigt seyn wird, erworben hat? Scävola findet durchaus kein Bedenken, in Rücksicht beider der

26) S. den 18. Th. dieses Commentars §. 1078. Not. 45. S. 215. und 19. Th. §. 1088. S. 67.

Seja den Vorzug vor dem Fiskus einzuräumen. Zwar könnte in Ansehung der Güter, welche der Schuldner zur Zeit der ersten Verpfändung besaß, eingewendet werden, durch die eingegangene Novation sey die erste Forderung der Seja, und mithin auch das ältere Pfandrecht, welches ihr derentwegen zustand, erloschen, und eine neue Obligation an die Stelle der ersteren getreten[27]). Allein dieser Zweifel ward dadurch gehoben, daß sich die Seja bei der Novation ihr Pfandrecht ausdrücklich vorbehalten hatte. Hierdurch behielt sie ihr Vorzugsrecht, welches sonst durch die Novation erloschen wäre[28]). Sie blieb also wegen der bei der Novation zur Bedingung gemachten Fortdauer ihres Pfandrechts ältere Pfandgläubigerin in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit. Eben so unzweifelhaft war aber auch ihr Vorzugsrecht in Ansehung der erst nach dem Contracte mit dem Fiskus von dem Schuldner erworbenen Güter. Viele wollen zwar die Worte: quas *post priorem obligationem* adquisiit, mit Cujaz[29]) so verstehen, als sey nur die Frage gewesen, ob die Seja dem Fiskus in Ansehung derjenigen Güter des Schuldners vorzuziehen sey, welche dieser nach der ersten Verpfändung, jedoch noch vor dem Contracte mit dem Fiskus, erworben hat[30]).

27) *L.* 1. *D. de Novation.*

28) *L.* 3. *pr. D. h. t. L.* 11. §. 1. *D. de pignerat. act. L.* 18. *et L.* 29. *D. de Novation.*

29) Observation. Lib. X. cap. 22.

30) Wolbers a. a. O. Kind Quaest. for. Tom. II. Cap. 16. Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. II. §. 1211. Dabelow vom Concurse der Gläubiger. §. 205. ff. Meißner vom stillschw. Pfandrecht. §. 104.

Allein die Worte: *donec universum debitum suum consequatur*, zeigen deutlich, daß hier auch von den Gütern die Frage war, die der Schuldner erst nach dem mit dem Fiskus geschlossenen Contract erworben hat. Denn zu der Zeit, wo der Schuldner mit dem Fiskus contrahirte, hatte ja die Seja ihre Bezahlung noch nicht erhalten. Es wäre also die Frage, welcher von beiden dem andern vorgehe, vergeblich gewesen. Was könnte es auch für einen Unterschied machen, ob die vor dem Contracte mit dem Fiskus erworbenen Güter schon zur Zeit der ersten Verpfändung derselben erworben waren, oder erst nachher erworben worden sind? Hierzu kommt noch die Uebersetzung der *L.* 21. in den Basiliken[31]), welche offenbar gegen die Erklärung des Cujaz streitet. Da nun Scävola auch in Ansehung derjenigen Güter, welche der Schuldner erst nach dem mit dem Fiskus geschlossenen Contracte bis zu der Zeit hin erworben hat, wo die Seja gänzlich befriedigt seyn wird, dieser Gläubigerin den Vorzug vor dem Fiskus einzuräumen keinen Anstand findet, so glaubt nun Kamm hierin den sichersten Beweis zu finden, daß die ältere Generalhypothek den Vorzug vor der jüngeren auch in Ansehung derjenigen Güter habe, welche der Schuldner erst nach der letzteren erworben hat. Allein schon Anton Merenda[32]) hat uns hier auf ei-

31) *Βασιλικῶν* Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 5. Const. 19. pag. 65., wo es heißt: *Προτιμᾶται τοῦ δημοσίου ἐφ᾽ οἷς εἶχεν ὁ χρεώστης, καὶ ἐφ᾽ οἷς ἐϖεκτήσατο* i. e. ***Fisco praefertur tam in illis rebus, quas habuit debitor, quam in his, quas adquisivit.***

32) Controversiar. iuris Lib. VI. Cap. 38. §. 17.

nen Umstand aufmerksam gemacht, der in dem gegenwärtigen Falle allerdings entscheidend war. Es ist schon bei anderer Gelegenheit bemerkt worden, daß ein vertragsmäßiges Pfandrecht, wenn es auch ein allgemeines war, sich vor Justinian[33]) auf bona futura nicht anders erstreckte, als wenn ausdrücklich des künftigen Vermögens Erwähnung geschehen war. Nun hatten zwar beide, die Seja und der Fiskus sich vom Titius, ihrem Schuldner, eine Generalhypothek bestellen lassen, allein nur die Seja hatte sich, wie Scävola nicht vergebens bemerkt, das künftige Vermögen ausdrücklich mit verpfänden lassen. Er sagt, Titius habe ihr omnia bona sua, quae habebat, *quaeque habiturus esset*, verpfändet. Von der Generalhypothek des Fiskus sagt er nur: pignori ei *res suas omnes* obligavit, ohne des künftigen Vermögens zu gedenken. Hieraus folgt nun, daß dem Fiskus an den nach dem Contract erworbenen Gütern gar kein Pfandrecht zustand, und daß ihm also die Seja, welche sich bei der Novation ihre Hypothek, wie Scävola ebenfalls nicht ohne Grund bemerkt, similiter, ut *supra*, d. h. so wie sie ihr bei der ersteren Forderung bestellt worden war, und folglich mit der Ausdehnung auf das künftige Vermögen, ausdrücklich vorbehalten hatte, in jeder Hinsicht vorgezogen werden mußte. Allein wäre dieses der Fall, sagt Kamm[34]), so hätte Scävola nicht sagen können, daß die Seja in Ansehung dieser Güter dem Fiskus vorzuziehen sey, sondern hätte vielmehr, wie

33) *L.* 9. *Cod. Quae res pignori.* S. den 18. Th. dieses Commentars §. 1078. S. 209. f.

34) Diss. cit. §. 8.

Papinian[35]) in einem ähnlichen Falle, sagen müssen: quod *Seja* in rebus postea adquisitis non tam *potior*, quam *solus creditor* inveniatur. Es ist nicht zu läugnen, daß die Seja in Ansehung derjenigen Güter, welche der Schuldner erst nach dem Contract mit dem Fiskus erworben hatte, die alleinige hypothekarische Gläubigerin war. Allein es war auch dem Scävola nur hauptsächlich um die Novation und deren Folgen zu thun, und diese konnten sich nur auf das bereits vorher erworbene Vermögen des Schuldners beziehen, woran der Fiskus ebenfalls eine allgemeine Hypothek erhalten hatte. In Ansehung dieser Güter sagt daher Scävola ausdrücklich, die Seja sey, der Novation ungeachtet, wegen der bedungenen Fortdauer ihrer Hypothek, dem Fiskus vorzuziehen. In Ansehung der nach dem Contract erworbenen Güter verstand sich ihr Vorrang von selbst, weil der Fiskus daran gar kein Pfandrecht hatte. Scävola äußerte sich daher in Ansehung derselben nur gelegenheitlich. Hätte der Fiskus sich eben so, wie die Seja, auch zugleich das künftige Vermögen seines Schuldners mit verpfänden lassen, so würden beide in Ansehung desselben damals gleiche Rechte gehabt haben. Erst in der Folge erhielt der Fiskus in Ansehung derselben ein Privilegium, wie das folgende Gesetz lehren wird.

Das dritte Gesetz, worauf sich Kamm[36]) beruft, ist die bestrittene *L.* 28. *D. de iure fisci*, wo Ulpian sagt: Si, qui mihi obligaverat, *quae habet habiturusque esset*, cum fisco *contraxerit:* sciendum est,

35) *L.* 2. *D. h. t.*

36) Diss. cit. §. 9. sqq.

in re postea adquisita fiscum potiorem esse debere, PAPINIANUM respondisse: quod et constitutum est; praevenit enim causam pignoris fiscus. Der Fiskus soll hier der ältere Pfandgläubiger seyn, und die Entscheidung Ulpians ihren Grund darin haben, daß, wenn mehrere Generalhypotheken, welche verschiedenen Alters, übrigens aber von gleicher Qualität sind, mit einander concurriren, die erstere auch in Ansehung der nach beiden erworbenen Güter den Vorzug habe. Allein Beides wird hier offenbar ganz willkührlich angenommen, und streitet gegen den grammatischen Sinn der Worte. Es liegt vielmehr, wie auch Anton Faber[37]) und Hellfeld[38]) bemerkt haben, bei dieser Entscheidung die Regel zum Grunde, daß die Hypothek in rebus futuris erst mit dem Augenblicke des Erwerbs ihren Anfang nehme, und daß Gläubiger, die sich zu verschiedenen Zeiten eine allgemeine Hypothek bestellen ließen, an den nachher vom Schuldner erworbenen Gütern gleiche Rechte haben, weil ihre Hypotheken gleich alt sind. Von dieser Regel machte das Recht, welches zur Zeit Ulpians galt, aus einer besonderen Begünstigung des Fiskus eine Ausnahme, wie sich in der Folge, wenn wir von den privilegirten Hypotheken handeln werden, zeigen wird.

So wenig indessen die von Kamm angeführten Gründe für die entgegengesetzte Meinung entscheidend waren, so wichtig scheinen dagegen diejenigen zu seyn, mit

37) Conjecturar. iur. civ. Lib. II. cap. 10.

38) Diss. de hypotheca fisci, praesertim in bonis post contractum adquisit. § 15. sqq.

welchen Herr Prof. Unterholzner[39]) dieselbe zu unterstützen gesucht hat. Er sagt nämlich: daß die Erwerbung einer Sache nicht als Erfüllung einer Potestativ-Bedingung anzusehen sey, daß vielmehr da, wo eine Sache auf den Fall des künftigen Erwerbs verpfändet ist, das Pfandrecht rückwärts giltig werde, wenn dieser Fall eintritt, dafür haben wir deutliche Stellen in den Pandecten. Im *fr.* 14. *D. h. t.* heiße es: Si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pigneravit, prior potior est. Noch deutlicher spreche eine, obwohl in anderer Hinsicht äußerst schwierige Stelle gegen unsere Meinung, nämlich das *fr.* 9. §. 3. *D. h. t.*, wo Afrikanus so schreibt: Titia praedium alienum Titio pignori dedit, post Maevio; deinde domina eius pignoris facta, marito suo in dotem aestimatum dedit. Si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Maevii pignus convalescere placebat. Tunc enim, priore dimisso, sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur; in proposito autem maritus emtoris loco est: atque ideo quia neque tunc, cum Maevio obligaretur, neque cum Titio solveretur, in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quo pignus Maevii convalescere possit. Möge auch die Entscheidung noch so räthselhaft seyn, daß das Pfandrecht des Titius dem des Mävius in der Art im Wege stehen soll, daß dieses gar nicht einmal giltig werden kann, soviel sey doch klar, daß diejenigen, denen zu verschiedenen Zeiten eine noch zu erwerbende

39) Juristische Abhandlungen (München 1810. 8.) Nr. II. S. 74. ff.

Sache verpfändet ist, im Falle des eintretenden Erwerbs auf keinen Fall gleiche Rechte haben können. Allein prüft man auch diese Gesetzstellen genauer, so beweisen sie gegen unsre Meinung nicht das, was sie beweisen sollen. Vor allen Dingen muß man nicht vergessen, daß die Verpfändung des ganzen, sowohl gegenwärtigen als künftigen Vermögens in den Gesetzen als eine giltige Verpfändung anerkannt wird, wenn gleich mehreren Gläubigern zu verschiedenen Zeiten eine solche General-Hypothek constituirt worden wäre. Nun ist aber die Verpfändung fremder Sachen nur dann giltig und der Verpfändung eines noch künftig zu erwerbenden Vermögens gleichzuachten, wenn sie unter der ausdrücklichen Bedingung geschehen ist, daß man sie erwerben würde. Dieß lehrt uns nicht nur Marcian, wenn er *L. 16. §. 7. D. de pignor.* sagt: Aliena res *utiliter* potest obligari sub conditione, *si debitoris facta fuerit*, sondern auch Ulpian *L. 7. §. 1. D. Qui potior. in pignore*, welcher gerade diesen Fall entscheidet, wo der Schuldner dem einen Gläubiger sein künftiges Vermögen überhaupt, dem andern aber speciell ein Grundstück unter der ausdrücklichen Bedingung verpfändet hatte, wenn er das Eigenthum daran erwerben würde. Hier wird nun gesagt: beide haben an dem nachher von dem Schuldner eigenthümlich erworbenen Grundstück gleiche Rechte. Man wendet zwar dagegen ein, es sey hier von dem Falle die Rede, wo zu gleicher Zeit dem Einen ein allgemeines Pfandrecht in Ansehung alles noch zu erwerbenden Vermögens, und dem Andern ein specielles in Ansehung eines bestimmten noch zu erwerbenden Grundstücks ertheilt ist; und so habe dann auch natürlich der Fall dahin entschieden werden müssen,

daß keiner vor dem andern ein Vorzugsrecht habe. Allein es ist, wie schon Gordonius[40]) bemerkt hat, eine ganz willkührliche Voraussetzung, daß beiden Gläubigern, von denen das Gesetz spricht, zu gleicher Zeit ein Pfandrecht ertheilt worden sey. Das Gesetz selbst enthält nichts davon. Es war auch dieß besonders zu bemerken nicht nöthig, da es in Ansehung der erst noch künftig zu erwerbenden Sachen ein ganz gleichgiltiger Umstand ist, ob die Verpfändung zu gleicher oder zu verschiedener Zeit geschehen ist. Daher wird auch in dem zu Anfang derselben *L. 7. h. t.* angeführten Falle, si duorum pupillorum nummis res fuerit comparata, von der Zeit, wo mit dem einen und dem andern Pupillen contrahirt wurde, nichts gesagt, sondern der Fall eben so entschieden: *ambo in pignus concurrent pro his portionibus, quae in pretium rei fuerint expensae*, weil auf die Priorität der Zeit nichts ankommt, wenn erst von Erwerbung der Sache, wegen welcher die Verpfändung geschehen, die Rede ist. Um jedoch dem von H. Pr. U. angeführten Gesetzstellen näher zu kommen, so wird in keiner derselben gesagt, daß die Verpfändung der fremden Sache unter der Bedingung der künftigen Erwerbung derselben geschehen sey. Es ist auch in der ersteren, der *L.* 14. *h. t.*, nicht einmal bemerkt, daß die verpfändete Sache nachher vom Schuldner erworben, und hierdurch das von dem Nichteigenthümer ungiltig bestellte Pfandrecht in der Folge giltig geworden sey. Sie läßt sich also auf die Frage, von welcher hier die Rede ist, gar nicht anwenden,

40) Praetermissor. iur. civ. Cap. 18. (*in Thes. iur. Rom. Otton.* T. II. pag. 890.)

sondern steht parallel mit *L.* 9. §. 4. *D. de public. in rem act.*, aus deren Zusammenstellung sich ergibt, daß derjenige, dem ein Pfandrecht an einer fremden Sache ertheilt wurde, zwar kein wahres Pfandrecht erlangt, gleich wie derjenige, welcher eine rem alienam gekauft hat, kein wahres Eigenthum erwirbt; aber dennoch, sofern er sich in bona fide befindet, bei seinem putativen Pfandrecht eben so, wie ein bonae fidei emtor bei dem putativen Eigenthume geschützt werden, und vermittelst der actio publiciana, deren Grundsätze die röm. Rechtsgelehrten auch auf putative Rechte an fremden Sachen ausgedehnt haben, die verpfändete Sache von jedem abfordern könne, der entweder gar kein Recht auf den Besitz hat, oder wenigstens ein schwächeres, als er, indem ihm ein Pfandrecht von demselben Non-dominus, aber später, constituirt worden ist, wie auch schon Hr. Prof. Gesterding[41]) bemerkt hat. In der anderen Stelle wird zwar gesagt, die Titia sey nachher Eigenthümerin des praedii alieni geworden, an welchem sie schon vorher verschiedenen Gläubigern ein Pfandrecht zu verschiedenen Zeiten ertheilt hatte. Allein da die Entscheidung, daß hiedurch nur das Pfandrecht desjenigen Gläubigers giltig werde, dem die Sache zuerst verpfändet wurde, dem Hr. Prof. U. selbst räthselhaft zu seyn scheint, wie kann er aus dieser Entscheidung folgern, daß diejenigen, denen zu verschiedenen Zeiten eine noch zu erwerbende Sache verpfändet ist, im Falle des eintretenden Erwerbs auf keinen Fall gleiche Rechte haben können, da doch

41) Lehre vom Pfandr. §. 44. S. 338. S. auch den 18. Th. dieses Commentars §. 1085. S. 386. f.

hier nicht einmal von dem Falle die Rede ist, in welchem nach unserer Meinung eine Gleichheit der Rechte eintritt? Die Stelle selbst ist übrigens schon an einem andern Orte[42]) erklärt worden.

Vollends unrichtg aber ist es, wenn einige ältere Rechtsgelehrte der jüngeren Conventionalhypothek einen Vorzug vor dem älteren gesetzlichen Pfandrechte einräumen wollten, deren Meinung schon Anton Faber[43]) hinlänglich widerlegt hat. Daß stillschweigende und ausdrückliche Hypotheken, wenn sie zusammentreffen, unter sich nach dem Alter rangiren, sagen die Gesetze[44]) deutlich. Nur die eigentlich sogenannten privilegirten Hypotheken, welche vermöge einer besonderen gesetzlichen Begünstigung allen andern, wenn gleich älteren, vorgehen, machen von der Regel, nach welcher sonst das Alter den Vorzug der einen Hypothek vor der andern entscheidet, eine Ansnahme[45]). Es entsteht hieraus die andere Regel:

2) **Ein Pfandrecht, welchem die Gesetze ohne Rücksicht auf sein Alter ein besonderes Vorzugsrecht beigelegt haben, geht dem nicht privilegirten vor.** Von diesen privilegirten Hypotheken wird im folgendeu §. gehandelt. Eine zweite Aus-

42) S. den 18. Th. dieses Commentars §. 1077. S. 201. f.

43) De Erroribus Pragmaticor. et Interpretum iuris. Decad. VI. Err. 1.

44) *L.* 1. *IV.* 46. *Cod. Si propter publicas pensitation. L.* 2. *VII.* 73. *Cod. de privilegio fisci.* Vid. *Ian. a* Costa Praelect. ad illustriores quosdam titulos locaque select. iur. civ. pag. 10.

45) *L.* 5. *D. h. t. L.* 7. *Cod. eodem.*

nahme findet statt, wenn ein Gläubiger aus einem öffentlichen Instrumente sein Pfandrecht verfolgt, dagegen der andere sein Pfandrecht blos durch ein Privat-Instrument zu begründen vermag[46]). Hier kommt die Priorität der Zeit in keine Betrachtung, sondern es tritt die Regel ein.

3) Im Falle der Concurrenz mehrerer Pfandgläubiger, von denen einige sich auf öffentliche, andere hingegen auf Privat-Urkunden gründen, haben ohne Rücksicht auf das Alter ihrer Hypothek die ersteren den Vorzug vor den letzteren. Es gründet sich dieses Vorzugsrecht auf eine Verordnung des Kaisers Leo, nämlich die *L.* 11. *Cod. h. t.*, welche schon an einem andern Orte[47]) erklärt worden ist. Sie geht aber blos diejenigen Pfandgläubiger an, welche ihr Pfandrecht aus Urkunden verfolgen. Uebrigens ist jene Regel allgemein und findet daher auch auf privilegirte Hyppotheken Anwendung[48]). Hieraus folgt, daß selbst eine privilegirte Hypothek der einfachen nachstehen muß, wenn der Gläubiger nur eine Privaturkunde über sein Pfandrecht aufzuweisen hat, während der simple Pfandgläubiger eine öffentliche Urkunde beibringt, oder auf andere Art vollständig beweist, daß ihm eine Hypothek zustehe[49]).

46) *L.* 11. *Cod. h. t.* Dabelow Lehre vom Concurse der Gläubiger S. 310.

47) S. den 18. Th. dieses Commentars §. 1081. S. 278. ff.

48) S. Bolley Lehre von öffentlichen Unterpfändern. §. 119.

49) Gesterding Lehre vom Pfandrecht §. 32. S. 253. ff.

Den privilegirten Pfandrechten werden die einfachen oder simplen entgegengesetzt, und darunter überhaupt diejenigen verstanden, welche mit keinem Vorzugsrechte versehen sind.

§. 1094.

Privilegirte Pfandrechte.

Die privilegirten Hypotheken sind von zweierlei Art, gesetzliche und Conventionalhypothken.

I. Gesetzliche sind

1) die Hypothek des Fiskus, und zwar a) wegen rückständiger Steuern und Abgaben. Diese ist in Rücksicht aller Güter des Schuldners privilegirt[50]). In einem Rescripte des Kaisers Antoninus *L.* 1. *IV.* 46. *Cod. Si propter publicas pensitationes* heißt es ausdrücklich: Potior est enim causa tributorum, quibus priore loco *omnia bona* cessantis obligata sunt. Es ist daher unrichtig, wenn Einige[51]) den Vorzug dieser Hypothek blos auf die steuerbaren Güter haben einschränken

50) Dabelow vom Conc. der Gläubiger S. 218. ff. Meißner vom stillschw. Pfandrechte §. 99. Schweppe System des Concurses der Gläubiger §. 70.

51) *de* Berger Oecon. iuris Lib. II. Tit. 5. Th. 3. not. 2. Tom. I. pag. 547. edit. *Haubold. Paul. Wilh.* Schmid Diss. de iure praelationis fisco intuitu tributorum — competente. *Ienae* 1760. §. 8. Malblanc Princip. iuris Rom. P. III. §. 576. Allein man sehe dagegen *Car. Frid.* Walchii Diss. de pecunia in solutionem tributorum credita. *Ienae* 1781. §. 8. und Desselben Introd. in controvers. iuris civ. Sect. IV. Cap. III. Memb. II. Subs. II. §. 9. pag. 797.

wollen. In Ansehung der dinglichen Abgaben haftet jedoch zunächst und vorzüglich dasjenige Grundstück, von welchem dieselben zu entrichten sind [52]). Ob übrigens die öffentlichen Abgaben ordentliche oder außerordentliche sind, ist in Absicht auf das Vorzugsrecht gleichgiltig [53]).

b) Die Hypothek des Fiskus an den Gütern der Contractsschuldner, insoweit diese nach dem Contracte mit dem Fiskus erworben worden sind. Es gründet sich dieses Privilegium auf eine ganz deutliche Stelle Ulpians, welche, aus dessen *libro* 3. *Disputationum* entlehnt, in den Pandecten *L.* 28. *Lib. XLIV. Tit.* 14. *de iure fisci* so lautet:

Si, qui mihi obligaverat, quae habet, habiturusque esset, cum fisco contraxerit, sciendum est, *in re postea adquisita fiscum potiorem esse debere*, Papinianum respondisse: quod et constitutum est, *praevenit enim causam pignoris fiscus.*

So klar und bestimmt hier das Vorzugsrecht des Fiskus ausgesprochen, und so einleuchtend auch der beigefügte Enscheidungsgrund ist, so unendlich viel Schwierigkeiten haben dennoch die Ausleger bei dieser Stelle gefunden. Darin kommen zwar fast alle bisherige Erklärungsarten überein, daß die Worte: *fiscum potiorem esse debere* in der Verbindung, in welcher sie hier mit den vorhergehenden Worten stehen, auf ein vorzügliches Pfand-

52) *L.* 7. *D. de publican. et vectigal.* S. Dabelow vom Concurse der Gläubiger S. 202. Meißner vom stillschw. Pfandr. §. 96. u. 99. und Not. 98.

53) S. Walch Introd. in controv. I. C. c. l. §. 8. pag. 796.

recht des Fiskus hindeuten; und wie könnte auch dieß bei den klaren Worten des Gesetzes geläugnet werden? Allein man streitet sich darüber, worin der Grund dieses Vorzugsrechts der fiskalischen Hypothek beruhe, und wie der von Ulpian angeführte Grund recht zu verstehen sey. Und hierüber gibt es denn eben unendlich verschiedene Meinungen. Sie lassen sich überhaupt unter zwei Classen bringen. Die eine setzt den Grund in eine besondere Begünstigung des Fiskus, die andere glaubt ihn in den Grundsätzen des gemeinen Rechts gefunden zu haben. Die erste Meinung wird von den meisten sowohl älteren [54]), als neueren Rechtsgelehrten [55]) angenommen,

54) *Iac.* CUJACIUS Observat. Lib. X. cap. 22. *Io. Iac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. II. Disp. XXXIX. Th. 10. pag. 460. sq. *Bened.* CARPZOV Responsa iur. Lib. IV. Tit. II. Resp. 14. nr. 4. sqq. *Ian. a* COSTA Praelect. cit. pag. 11. PEREGRINUS de iure et privileg. fisci Lib. VI. Tit. 6. nr. 15. *Ulr.* HUBER Praelect. iur. civ. ad Pand. h. t. §. 15. in fin. u. a. m.

55) *Io.* WOLBERS Observation. Decas. Cap. 3. pag. 16. sqq. *Io. Henr. Christ.* ERXLEBEN Princip. de iure pignorum et hypothecar. §. 220. et 221. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 1211. in fin. Dabelow vom Concurse der Gläub. S. 204. ff. MALBLANC Princip. Iur. Rom. P. III. §. 576. nr. VIII. Meißner vom stillschw. Pfandr. §. 100 ff. von Gmelin Ordn. der Gläubiger §. 98. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 2. B. §. 1375. u. §. 1376. Schweppe System des Concurses der Gläubiger §. 70. u. a. m. In eigenen Schriften ist diese Meinung vertheidigt worden von *Io. Frid.* KAEMPFFE in Diss. de vera causa praerogativae hypothecae fisci in bonis a debitore post contractum adquisitis, ad L. 28. D. de iure fisci, praes.

und man kann sie daher die gemeine Meinung nennen. Die Anhänger der zweiten Meinung haben wieder ihre verschiedenen Ansichten. Ein Theil [56]) glaubt, der Grund des fiskalischen Vorzugsrechts beruhe in der besonderen Natur einer gesetzlichen Hypothek, welche sich von dem allgemeinen Conventionalpfandrechte darin unterscheide, daß jene auch in Ansehung der res futurae schon in dem Augenblicke, wo die Schuld entsteht, ihren Anfang nehme, wogegen letzteres erst mit dem Augenblicke des Erwerbs dieser Sachen seine Wirksamkeit erhalte. Hieraus erkläre sich nun auch der von Ulpian angeführte Grund: *praevenit enim pignoris causam fiscus.* Denn wenn erst das Conventionalpfandrecht des obgleich älteren Generalpfandgläubigers an der vom Schuldner nachher erworbenen Sache giltig und wirksam werde, so habe der Fiskus schon eine Hypothek darauf, weil der Schuldner die Sache nicht anders als cum sua causa, d. i. cum obligatione taciti pignoris erwerben könne. Aus diesem Grunde sey also der Fiskus, obwohl er jüngerer Gläubiger war, dem älteren, dessen conventionelles Pfandrecht erst mit dem Augenblicke des Erwerbs der Sache seinen Anfang genommen habe, vorzuziehen gewesen. Dieß sey also gar kein Privilegium des Fiskus, sondern jeder, dem

Aug. Frid. Schott def. *Lipsiae* 1772. und *Aug. Ferd.* Hurlebusch Vindiciae doctrinae de privilegio fisci in bonis eorum, quibuscum contraxit, post contractum adquisitis, ad L. 21. D. Qui potior. in pignore et L. 28. D. de iure fisci. *Brunsvici* 1776. 4.

56) *Franc.* Connanus Commentarior. iuris civ. Lib. IV. cap. 17. fol. 313. b. sq. und *Ant.* Faber Conjecturar. iuris civ. Lib. II. cap. 10

eine gesetzliche Hypothek zusteht, sey in Ansehung der nach dem Contract erworbenen Güter demjenigen vorzuziehen, der sich durch Vertrag eine Hypothek hat constituiren lassen. Allein der Unterschied, welcher hier zwischen einer allgemeinen gesetzlichen und einer Conventionalhypothek gemacht wird, ist in den Gesetzen nicht gegründet. Mit Recht sagt vielmehr Wissenbach[57]): **Atqui lex etiam generalem omnium bonorum hypothecam ex conventione ita confirmat, ut, quidquid postea acquirit debitor, hoc non aliter transeat in dominium eius, nisi sub onere pignoris conventi.**

Ein anderer Theil sucht den Grund darin, daß man sagt, der Satz, daß das Pfandrecht in Ansehung des künftigen Vermögens sich erst von der wirklichen Erwerbung an datire, gelte nur den Privatpersonen, nicht aber vom Fiskus, dessen Hypothek schon mit dem Augenblick ihren Anfang nehme, wo dem Schuldner das Recht zu dem Erwerbe angefallen sey. Man will dieß daraus ableiten, weil der Fiskus zu Folge der *L.* 45 *D. de iure fisci* das Recht habe, Güter, die der Schuldner hätte erwerben können, aber in fraudem fisci nicht acquirirt hat, zu vindiciren. Das Erwerben von Gütern sey also in Beziehung auf den Fiskus nichts Potestatives, daher werde nach *L.* 9. §. 1. *D. h. t.* die eintretende Bedingung auf die Zeit der Entstehung des Pfandrechts zurückgezogen. Bei Privatpfandgläubigern sey Alles ganz Anders. Diesen stehe kein Recht zu, ihren Schuldner zur Erwerbung einer Sache zu nöthigen, auf die er ein Recht erlangt hat. Daher nehme hier das Pfandrecht, wie bei Potestativ=

57) Cit. loc. pag. 461.

Bedingungen, erst mit der Zeit der wirklichen Erwerbung als dem Eintritte der Bedingung seinen Anfang. Der Fiskus komme hingegen mit seiner Hypothek der Erwerbung zuvor. Daher sey der Fiskus et tempore et iure prior, und so erkläre sich denn der von Ulpian angeführte Grund. Dieß war früherhin Hellfelds[58]) Meinung, die er aber in den Pandecten wieder aufgegeben zu haben scheint, wo er den Vorzug des Fiskus auch mit der gemeinen Meinung aus einem dem Pfandrecht desselben in Ansehung der nach dem Contract erworbenen Güter des Schuldners zustehenden Privilegium herleitet; ich würde daher dieser Meinung gar nicht weiter gedenken, wenn sie nicht bei mehreren Rechtsgelehrten[59]) Beifall gefunden hätte. Wie wenig aber auch diese Meinung Grund habe, und wie unrichtig die hier gemachte Schlußfolge sey, ist schon von Anderen[60]) zur Genüge gezeigt worden. Ueber-

58) Diss. de hypotheca fisci praesertim in bonis post contractum quaesitis. *Ienae* 1771. (in *Opusc.* Nr. X.) §. 20. sqq.

59) Joh. Bernh. Christ. Eichmann Abhandl. von dem Pfandrecht des Fiskus an den Gütern desjenigen, mit welchem er einen Vertrag eingegangen hat, worin die in der unter dem Vorsitz des H. Pr. Schott vertheidigten Streitschrift gegen den H. G. R. R. Hellfeld angenommene Meinung widerlegt wird. Frankf. u. Leipzig 1773. 4.; ferner Desselben Erläuterung dieser Abhandlung, wodurch zugleich die von dem H. Prof. Schott gegen denselben erregten Zweifel widerlegt werden. Ebendaselbst 1774. 4. und *Car. Frid.* Walch Introd. in controv. iur civ. pag. 802. seqq. Not. *) edit. 3. de a. 1791.

60) S. Unterholzner jurist. Abhandlungen. Nr. II. §. 8. S. 71. ff. und Gesterding Lehre vom Pfandrecht §. 31. S. 216. f.

dieß läuft ja doch am Ende die ganze Hellfeldische Demonstration auf nichts Anderes, als ein besonderes Recht des Fiskus hinaus, wie Schott[61]) sehr richtig bemerkt hat. Daher auch Hellfeld selbst, um dem Wortspiel ein Ende zu machen, die gemeine Meinung nachher in seinen Pandecten annahm. Eine dritte Parthei glaubt den Grund des Vorzugs, welcher in der *L.* 28. dem Fiskus gegeben wird, in einem bloßen Vorzuge der Zeit zu finden. Es sey in dieser Stelle, meint man, von einem solchen Falle die Rede, wo der Fiskus ein älteres Pfandrecht gehabt habe, und daher schon nach allgemeinen Grundsätzen potitior gewesen sey. Darauf deute denn auch nur der von Ulpian angeführte Entscheidungsgrund hin: *praevenit enim causam pignoris fiscus*, welcher vernünftig nicht anders als von einem Vorzuge der Zeit erklärt werden könne. Diese Erklärung werde durch die *L.* 2. *Cod. de privilegio fisci* außer allen Zweifel gesetzt. Denn diese Constitution, welche von Kr. Antoninus Caracalla erlassen worden ist, wäre ebendieselbe, auf welche sich Ulpian, der unter Caracalla lebte, in den Worten: *Quod et constitutum est*, bezogen habe. In dieser Constitution heiße es nun ausdrücklich: Quamvis ex causa dotis vir quondam tuus tibi sit condemnatus, tamen si priusquam res eius tibi obligarentur, cum fisco contraxit, ius fisci causam tuam praevenit. Quod si post bonorum eius obligationem rationibus meis coepit esse obligatus, in eius bona cessat privilegium fisci. Es erhelle hieraus zugleich, daß Ulpian sogar die Worte des Rescripts beibehalten habe, und daß dem Fiskus

61) Jurist. Critic. Stück 52.

außer dem Vorzuge der Zeit sonst gar kein weiteres Privilegium in Ansehung seiner Forderungen aus Contracten zustehe. Das Wort: *contraxerit* sey also nicht von der zukünftigen, sondern von der vergangenen Zeit zu verstehen, und der Sinn der Worte folgender: Si qui mihi obligaverat, quae habet, habiturusque esset, cum fisco *iam ante* contraxerit. Schon Accursius[62]) stellte diese Erklärung nebst noch zwei anderen als Problem auf. Hugo Donellus[63]) und Gerh. Noodt[64]) aber suchten sie zuerst mit Gründen zu unterstützen. Wilhelm Fornerius[65]) glaubte sogar, die gemeine Meinung sey blos durch eine fehlerhafte Leseart erzeugt worden. Denn die Abschreiber hätten die Gemination des Wortes CUM nicht verstanden. Es müsse nämlich so gelesen werden: Si qui mihi obligaverat, quae habet, habiturusque esset, *cum* cum fisco contraxerit; nun sey alle Schwierigkeit gehoben. Cujaz[66]) verwarf zwar diese Emendation mit Recht als inept und unnöthig; dennoch fand jene Erklärung bei mehreren neue-

62) Glos. ad L. 28. D. de iure fisci.

63) Tr. de pignorib. et hypothecis. Cap. XIV.

64) Commentar. ad Dig. Lib. XX. Tit. 1. de pign. et hyp. §. Nunc videndum. pag. 447.

65) Selection. Lib. II. Cap. 24. (in *Ev.* Ottonis *Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 74.) Eben dieser Emendation hat auch Foppius ab Aetzema Dissertation. iuris civ. Lib. I. cap. 4. (in *Ger.* Meermani *Thes. iuris civ. et canon.* Tom. VI. pag. 807.) Beifall gegeben.

66) Observation. Lib. X. cap. 22.

ren Rechtsgelehrten [67]) Beifall. Am meisten aber hat sich Westphal [68]) bemüht, dieselbe zu bestärken. Es ist wahr, sagt er, wenn man die ersten Worte des Gesetzes lies't, so muß sich die gemeine Erklärung einem Jeden, der nur etwas Latein versteht, aufdringen. Allein wenn man derselben etwas mehr nachdenkt, so werde man unauflösliche Schwierigkeiten finden. Denn 1) paßten zu dieser Erklärung die Schlußworte des Gesetzes nicht, weil die Worte: *Praevenit enim causam pignoris fiscus*, unmöglich von einer privilegirten Priorität verstanden werden könnten, sondern nur einen Vorzug der Zeit andeuteten. Hiernächst werde man 2) kaum einen begreiflichen Grund finden können, warum gerade nur an den nach dem Contracte erworbenen Gütern des Schuldners der Fiskus einen Vorzug haben sollte. Erkläre man hingegen das Gesetz von einem Vorzuge der Zeit, so habe allerdings Zweifel entstehen können, ob der Fiskus überüberhaupt an den nach dem Contracte erworbenen Gütern seines Schuldners ein Pfandrecht habe, weil eine bloße Generalhypothek damals nicht ohne besondere Verabredung auf künftige Güter sich erstreckt habe. Diese Frage sey indessen hier zu Gunsten des Fiskus entschieden worden.

67) S. *Dav. Cappelen* HUNTHUM Disp. de rescriptis Princip. Rom. §. 10. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissertat. iurid. selectiss. in academ. Belgic. habitar.* Vol. II. T. III. pag. 311.) und *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 7.

68) Pfandrecht §. 164. Not. 182. S. 242. f. und Desselben rechtliche Bestärkung der Meinung, daß herrschaftliche Forderungen aus einem Vertrage zwar mit einer stillschweigenden, doch nicht privilegirten Hypothek versehen sind. Halle 1778. 4.

Sodann werde man es 3) überhaupt unbillig finden, daß derjenige, welcher sich seiner Forderung wegen eine ältere ausdrückliche Hypothek habe geben, und solche auf alles gegenwärtige und zukünftige Vermögen namentlich versichern lassen, dennoch wegen der nachher erworbenen Güter das Nachsehen vor der jüngeren herrschaftlichen Forderung haben solle. Hierzu komme 4) daß nach der gemeinen Erklärung der Widerspruch mit *L.* 21. *D. Qui potior. in pignore* nicht zu heben sey, wo einer älteren Pfandgläubigerin der Vorzug vor dem Fiskus in Ansehung des ganzen Vermögens, welches der Schuldner sowohl von Anfange der Schuld besessen, als nachher erworben hat, eingeräumt wird. Nach seiner Erklärung aber stünden beide Gesetze in dem vollkommensten Einklange. Besonders aber wären 5) die Worte: *quod et constitutum est* hier noch zu erwägen. Es fände sich nämlich keine kaiserliche Constitution, die dem Fiskus einen Vorzug vor älteren Pfandgläubigern in Ansehung der nach der fiskalischen Hypothek erworbenen Güter ertheilt hätte. Wäre darüber eine klare Verordnung vorhanden gewesen, so hätte die Frage ohnehin nicht zweifelhaft seyn können. Daß sie es aber gewesen, erhelle daraus, weil die *L.* 28. aus den *libris Disputationum* des Ulpian entlehnt sey, worin Fragen enthalten gewesen, welche in den großen Gerichtsstühlen bei öffentlichen Gelegenheiten unter den Rechtsgelehrten durchgefochten worden wären. Es müsse daher nur durch eine Folgerung aus einer kaiserlichen Constitution die Beantwortung der Frage entstanden seyn, und diese könne keine andere seyn, als die des Krs. Antoninus Caracalla, nämlich die *L.* 2. *Cod. de privilegio fisci.* Nach dieser Verordnung habe aber

der Fiskus zwar eine stillschweigende, aber keine privilegirte Hypothek. Der Vorzug, der dem Fiskus in der *L.* 28. eingeräumt wird, könne also keinen andern Grund haben, als den, weil der Fiskus eine ältere Hypothek gehabt habe. Dieß erhelle auch aus der *L.* 2. *Cod. cit.* ganz klar, in welcher dieselben Worte: **ius fisci causam tuam praevenit** vorkämen, die auch in der *L.* 28. stünden. Da nun die *L.* 2. *Cod. cit.* die fiskalische Forderung schlechthin einer anderen Hypothek vorziehe, sofern sie der Zeit nach älter ist, so habe Ulpian geglaubt, diesen Vorzug der Zeit, in Betracht der allgemeinen Begünstigung des Fiskus, auch auf künftige Erwerbungen des Schuldners ausdehnen zu können, wenn gleich die Hypothek des Fiskus an sich nur eine gemeine stillschweigende Hypothek war. Man nehme dieß alles zusammen, und man werde nicht läugnen können, daß diejenige Erklärung, welche die *L.* 28. *D. de iure fisci* von dem bloßen Vorzuge der Zeit versteht, viel natürlicher sey, als die gemeine Erklärung dieses Gesetzes von einem Privilegium des Fiskus.

Allein so scheinbar diese Gründe sind, so steht dieser Erklärung doch immer noch der wichtige Zweifel entgegen, daß sie mit dem Sinne der Worte nicht übereinstimmt. Denn, ohne der Wortfügnng offenbaren Zwang anzuthun, ist es unmöglich, anzunehmen, daß die Hypothek des Fiskus der Zeit nach die ältere gewesen seyn könne, weil das **Plusquamperfectum** *obligaverat* nach den Regeln der Grammatik nicht anders, als von dem, was vorher geschehen ist, verstanden werden kann. Dieß ist auch von Schott und allen neueren Rechtsgelehrten erinnert worden; und daß selbst durch die vom Fornerius

vorgeschlagene Emendation der Schwierigkeit nicht abgeholfen werde, sondern, um die dadurch corrumpirte Construction wieder zu verbessern, zu neuen Emendationen geschritten werden müßte, liegt klar vor Augen[69]. Was Westphal darauf erwiedert hat[70]), ist nicht befriedigend. Denn wer wird ihm Beifall geben können, wenn er behauptet, Ulpian habe wegen eines ganz genauen Ausdrucks um so weniger bekümmert seyn dürfen, da er nicht habe zweifeln können, daß man ihn von einem solchen Falle verstehen müsse, wo der Fiskus, der seiner Contracte wegen keine privilegirte Hypothek habe, ein älteres Recht erhalten hatte; und da er solches durch den beigefügten Grund zu erkennen gegeben, es ihm gleichgiltig gewesen sey, welchen Gläubiger er in der Species facti zuerst genannt habe? Wie konnte dem Ulpian dieß hier bei der Erörterung eines Falles gleichgiltig seyn, wo auf die richtige Darstellung des Factums soviel ankam, weil der Grund des Vorzugs der fiskalischen Hypothek davon abhing? Und mag auch Ulpian sich nicht immer des zierlichsten Ausdrucks bedient haben, so schrieb er doch, wie Bynkershök[71]) sagt, latine, ut aetas ferebat sub *Alexandro Severo*. Wie kann ihm also ein solcher grammatikalischer Fehler aufgebürdet werden, dem Eberhard Otto[72]) mit Recht das Lob einer egregia docendi et disserendi facultas beigelegt? Ueberdieß beruft sich ja Ulpian auf ein Gutachten des Papinian, woraus der

69) S. Unterholzners jurist. Abhandl. S. 84.

70) S. Desselben rechtliche Bestärkung seiner Meinung. §. 18.

71) Observat. iur. Rom. Lib. VIII. cap. 15.

72) Papinianus Cap. XIII. §. 7. pag. 459.

Fall entlehnt ist, dessen Entscheidung Ulpian hier blos durch einen Rechtsgrund unterstützt. Der Vorwurf würde also nicht sowohl den Ulpian, als den Papinian treffen. Wer kennt aber Papinians Präcision und Eleganz im Ausdrucke nicht[73])? Der Einwurf, daß der Grund des Gesetzes nicht auf den Fall passe, da der Fiskus eine der Zeit nach jüngere Hypothek hat, weil der Ausdruck **praevenire** einen Vorzug der Zeit andeute, wird gehoben, wenn man von dem Grunde ausgeht, daß die Hypothek an einer **res futura** erst mit dem Augenblick ihren Anfang nimmt, wo der Schuldner sie erwirbt. Von dieser Regel wird hier zu Gunsten des Fiskus eine Ausnahme gemacht. Denn da derselbe in **re postea adquisita** den Vorzug vor dem älteren Pfandgläubiger haben soll, so wird es vermöge dieses Privilegiums so angesehen, als habe er schon vor der Erwerbung der Sache ein Pfandrecht gehabt. Dieß ist es, wenn Ulpian sagt: **praevenit causam pignoris fiscus**, welches also nichts Anderes heißt, als der Fiskus ist hier, Kraft seines Privilegiums, der Erwerbung der Sache zuvorgekommen, von welcher die Wirkung des Pfandrechts abhängt[74]). Wichtiger ist der Zweifel, daß dieses Vorzugsrecht nirgendwo erwähnt wird, selbst nicht in der *L. 2. Cod. de privilegio fisci*, wo die dringendste Veranlassung dazu vorhanden war. Denn nach diesem Gesetze soll es blos darauf ankommen, ob die Hypothek des Fiskus älter sey. Und doch sey dieß die Constitu-

73) S. *Ev.* Ottonis Papinianus. Cap. VI. §. 5. pag. 99. sqq.

74) S. *Frid. Henr.* Sator Diss. de pignorum praerogativa. *Erford.* 1772. §. 12.

tion, worauf sich Ulpian beziehe. Denn die Worte: *ius fisci causam tuam praevenit*, wären die nämlichen. Allein die Behauptung, daß in den Worten: quod et constitutum est, gerade auf die *L.* 2. *Cod.* hingedeutet werde, läßt noch manchen Zweifel übrig. Der Rechtssatz, den hier Ulpian aufstellt, ist aus Papinians Gutachten entlehnt. Papinian, welchen der Kaiser Antoninus im Jahr 212. ermorden ließ, weil er den von dem Kaiser an seinem Bruder Geta begangenen Mord zu entschuldigen sich weigerte[75]), konnte wohl unmöglich eine Constitution gekannt haben, welche der Kaiser Antoninus erst im Jahr 213. erließ[76]). Kannte sie nun auch Ulpian, so lehrt doch der Inhalt derselben, daß sie den Fall, von welchem hier die Rede ist, gar nicht betrifft. Es ist darin nicht die Rede von Gütern, die der Schuldner erst nach dem mit dem Fiskus geschlossenen Contract erworben hatte, sondern die Frau des Schuldners stritt wegen ihrer Dotalforderung mit dem Fiskus überhaupt um den Vorzug. Da der Fiskus wegen seiner Forderungen aus Contracten an den vorher erworbenen Gütern seines Schuldners zwar schon eine gesetzliche, aber nur eine simple Hypothek hatte, so konnte freilich der Kaiser den Vorzug des einen Gläubigers vor dem andern nur nach dem Zeit=

75) S. *Ev.* Ottonis Papinianus. Cap. XVI. §. 2. pag. 611.

76) In den gemeinen Ausgaben des Corporis iuris, und selbst in der Göttingischen, wird zwar das Jahr 214. angegeben. Allein die Fasti Consulares geben das Jahr 213. an, in welchem Imp. *M. Aurelius Antoninus* Aug. IV. und D. *Caelius Balbinus* II. Consules waren. S. *Pet.* Relandi fasti Consulares. pag. 124. in. fin.

alter ihres Pfandrechts bestimmen. Es ist ja überhaupt bei der Erklärung der in dem Codex enthaltenen Rescripte eine Regel, daß sie, sofern sie das vorgelegte Factum nicht scharf angeben, soviel möglich mit dem Pandecten-Recht vereinigt, und diesem gemäß erklärt werden müssen[77]. Ueberdieß scheint auch damals das von Papinian dem Fiskus beigelegte Vorzugsrecht noch gar nicht außer Zweifel gewesen zu seyn. Denn Ulpian handelt davon in seinen libris **Disputationum**. Wozu brauchte sich Ulpian auf Papinians Responsum zu berufen, wenn schon damals eine entscheidende Constitution vorhanden gewesen wäre? Zeigt nicht vielmehr der ganze Zusammenhang der Worte, daß Papinian, ohne ein Gesetz vor sich zu haben, einen Satz zur Begünstigung des Fiskus aufgestellt habe, der erst nachher gesetzlich geworden zu seyn scheint? Wem fällt es aber nicht auf, daß Ulpian der gesetzlichen Verordnung hier nur beiläufig gedenkt? Es muß also kein allgemein geltendes Gesetz, sondern irgend ein kaiserliches Decret oder Rescript gewesen seyn, dessen sich hier Ulpian erinnerte, dergleichen Constitutionen zu seiner Zeit noch kein allgemeines unbezweifeltes Ansehen hatten, und daher von den röm. Rechtsgelehrten nur beiläufig angeführt, ja zuweilen auch verworfen zu werden pflegten[78]. Findet sich nun auch keine bestimmtere Con-

77) S. Thibaut Theorie der logischen Auslegung des röm. Rechts §. 38.

78) S. *Car. Frid.* Zepernick Diatr. de rerum a Centumviris iudicatarum auctoritate. §. 20. (hinter Siccama de iudicio centumvirali pag. 381.) und *Io. Gottfr.* Sammet Hermeneutik des Rechts. 3. Absch. §. 8. S. 170. f.

stitution hierüber in unserm römischen Gesetzbuche; denn wie viele Constitutionen sind nicht selbst von denen verloren gegangen, auf die sich Justinian in seinen Institutionen beruft[79])? so muß uns nun wenigstens Ulpians Fragment, statt aller weiteren Constitution, genügen.

Zwei neuere Versuche einer Erklärung der L. 28. dürfen jedoch hier um so weniger mit Stillschweigen übergangen werden, da sie sich durch Scharfsinn vorzüglich auszeichnen, und bei Mehreren Beifall gefunden haben. Die eine ist die Erklärung von Hennemann[80]). Dieser will die Stelle Ulpians von dem Falle verstehen, wo Jemand, der sein ganzes gegenwärtiges und künftiges Vermögen bereits verpfändet hatte, eine Sache vom Fiskus pachtet, und diese in der Folge eingenthümlich erwirbt. Diese Erklärung wird 1) durch die Worte: *in re postea acquisita* unterstützt, welche hier nicht, wie nach der gemeinen Erklärung, das nachher erworbene Vermögen des Schuldners überhaupt begreifen, sondern auf eine einzelne Sache gehen sollen, nämlich die Sache, über welche mit dem Fiskus contrahirt worden ist. 2) Daß das Wort *contraxerit* hier für conduxerit genommen werde, sey nichts Ungewöhnliches. Der Ausdruck *contrahere* komme

79) S. *Io. God.* SCHAUMBURG Commentar. de constitutionibus Imperatorum antiquis, quae in Institutionibus citantur, et in Codice repetitae praelectionis omissae sunt. *Lemgoviae* 1734. 4.

80) Ueber die bevorzugte Hypothek des Fiskus in den nach dem Contract erworbenen Gütern des Schuldners nach der L. 28. D. de iure fisci. Ein Versuch vom Postdirector Hennemann. Schwerin u. Wismar 1800. 8.

auch in anderen Stellen[81]) in dieser Bedeutung vor. Zu dieser Erklärung passe nun auch 3) der Grund sehr gut: *Praevenit enim causam pignoris fiscus*. Denn hier sey dem Fiskus wenigstens in Ansehung dieser Sache ein Vorzugsrecht wegen des Rückstandes aus dem Pachtcontracte darum einzuräumen, weil die Hypothek des Fiskus, die er an allen Gütern des Schuldners wegen des Contracts hatte, in und mit der Uebertragung des Eigenthums, als eine stillschweigende vorbehaltene Beschränkung desselben, vermöge einer von Anfang an schon inhärirenden Belästigung, übergegangen sey. Der Fiskus sey also dem Grunde des Pfandrechts, d. h. der Erwerbung des Eigenthums zuvorgekommen. Allein diese Erklärung, so fein sie auch ausgedacht ist, enthält doch so viel Räthselhaftes und Unnatürliches, daß es kaum zu begreifen ist, wie sie dennoch bei Einigen[82]) hat Beifall finden können. Wie viel muß man sich nicht nach dieser Interpretation bei den Worten: *in re postea acquisita* hinzudenken, was doch nicht entfernt darin liegt? Und wie konnte denn von einem Pfandrechte des Fiskus an seiner eigenen Sache die Rede seyn, ehe der Schuldner sie vom Fiskus erwarb? das Pfandrecht des Fiskus wegen des Pfandrückstandes haftete ja auf dem Vermögen des Schuldners. Wenn nun nachher die Sache des Fiskus an den Schuldner desselben kommt, wie kann sie bei der Uebertragung schon mit einer Last beschwert seyn, welche jetzt erst, im

81) *L.* 1. §. 9. *et* 11. *D. de L. Corn. de falsis.*

82) S. die Bibliothek kleiner jurist. Schriften von Hübner und Tittmann 2. Band Nr. LXXXVI. S. 351. und Thibaut System des Pand. Rechts 2. Th. §. 657.

Augenblick der Uebertragung, ihren Anfang nehmen kann [83])?

Den neuesten Versuch, den Worten *praevenit enim causam pignoris fiscus*, einen richtigen Sinn zu geben, machte Herr Prof. Unterholzner [84 a]). Er nimmt den Fall an, wo Jemand, der mir alles sein bereits erworbenes und noch zu erwerbendes Vermögen verpfändet hatte, nachher eine Sache davon an den Fiskus veräußert. Hier gehe mir der Fiskus in Ansehung dieser Sache vor, wenn er nachher dieselbe zu Folge des geschlossenen Kaufs erworben hat, d. h. ich könnte mein Pfandrecht gegen den Fiskus nicht geltend machen. Beim Fiskus gehe also der Rechtsgrund des Eigenthums der causa pignoris, d. h. dem Rechte des Pfandgläubigers vor. Nach dieser Erklärung wird also auch dem Fiskus ein Privilegium zugeeignet, weil der hier anerkannte Vorzug von der Regel abweicht, nach welcher sonst, wo Pfandrecht und Eigenthum auf einander stoßen, die causa pignoris die vorzüglichere ist. Allein auch dieser Erklärung steht entgegen, daß sich Ulpian sehr undeutlich, ja räthselhaft ausgedrückt haben würde, wenn er anstatt des bestimmtern alienare den vagen Ausdruck contrahere gebraucht haben sollte; oder wollte ja Ulpian den Contract, als

83) Eben dieß ist auch schon gegen die Hennemannische Erklärung in dem critischen Archiv der neuesten jurid. Literatur. u. Rechtspflege, herausgegeben von Danz, Gmelin und Tafinger 2. Band S. 639. u. von Carl Aug. Dominik Unterholzner in den juristischen Abhandlungen. München 1810. S. 85. u. f. erinnert worden.

84 a) Versuch einer Erklärung des fr. 28. D. de iure fisci; in Desselben angef. Abhandlungen Nr. II.

den Titel, von der nachher erfolgten Erwerbung der Sache unterscheiden, würde er nicht, statt des vagen Ausdrucks: cum fisco contraxerit, deutlicher *fisco vendiderit* gesagt haben? Sodann ist es offenbar willkührlich, die Worte: in re postea adquisita auf eine res *a fisco* acquisita zu beschränken. Man darf es doch wohl der schon oben erwähnten Präcision eines Papinian zutrauen, daß er den Fall, worüber er ein Gutachten ausstellte, bestimmter würde vorgetragen haben, wenn hier von einer Erwerbung des Fiskus die Rede gewesen wäre, zumal wenn es einem Privilegium des Fiskus gelten soll. Von einer Erwerbung des Fiskus ist in der ganzen Stelle auch nicht der entfernteste Gedanke. Der ganze Zusammenhang der Worte spricht vielmehr nur gar zu deutlich dafür, daß die Worte: *in re postea acquisita* sich auf die vorhergehenden Worte: *habiturusque esset*, beziehen, und daher nur von einer Erwerbung des Schuldners verstanden werden können. Es ist daher auch die Erklärung der Schlußworte eben so willkührlich. Denn wo steht dann, daß der Rechtsgrund des Eigenthümers der causa pignoris vorgehen solle? Es hätte ja dann heißen müssen: praevenit enim causam pignoris *dominium fisci*, man nehme nun das Wort *praevenit* für das perfectum oder für das praesens. Warum sollten diese Schlußworte nach dem ganzen Zusammenhange nicht weit natürlicher von einem vorzüglicheren Pfandrechte des Fiskus zu verstehen seyn? Wegen eines Widerspruchs mit *L.* 21. *D. Qui potiores in pignore* dürfen wir ohnehin in keiner weiteren Verlegenheit seyn, da schon oben gezeigt worden ist, daß der Fiskus zur Zeit des Scävola wegen seiner Forderungen aus Contracten noch nicht einmal eine gesetzliche,

geschweige denn eine privilegirte Hypothek hatte[84 b]). Daß übrigens das in der L. 28. dem Fiskus eingeräumte Vorzugsrecht nicht aus gemeinen Rechtsgrundsätzen zu erklären sey, sondern ein wirkliches Privilegium des Fiskus zum Grunde habe, ist nun wohl nicht weiter zu bezweifeln. Denn sonst wäre derselben wohl ihr Platz in dem Titel der Pandecten de jure fisci nicht angewiesen worden. Hierzu kommt noch, daß Ulpian in libro III. Disputationum, woraus die *L.* 28. genommen ist, von den Vorzugsrechten einiger hypothekarischer Gläubiger handelte, wie aus *L.* 5. *et* 7. *D. Qui potiores in pignore* erhellt, welche aus eben dem libro 3. Disputationum entlehnt sind.

Wenn mehrere Rechtsgelehrte dem Fiskus auch ein Privilegium gegen die Gläubiger eines Primipilus einräumen wollen, so ist dieß ganz ungegründet, wie schon an einem andern Orte[85]) näher gezeigt worden ist. Nur aus besonderen Gründen geht der Fiskus der Ehefrau des Primipilus vor[86]). Eben so wenig läßt sich aber auch mit Meißner[87]) behaupten, daß dem Fiskus eine stillschweigende Hypothek an dem ganzen Vermögen des Primipilars, und ein Vorzugsrecht an dem nach Uebernahme der Primipilarverwaltung erworbenen Vermögen desselben zustehe. Denn der Grund, daß alle Verwalter fiskalischer Güter zu den Contractschuldnern ge-

84 b) S. den 18. Th. dieses Commentars §. 1078. Not. 45. S. 215. und den 19. Th. §. 1088. S. 67. und §. 1093. S. 236. ff.

85) S. den 19. Th. §. 1088. S. 73. ff.

86) S. Thibaut System des Pand. R. 2. B. §. 657.

87) Vom stillschweigenden Pfandrecht §. 107.

rechnet werden müßten, ist schon an einem andern Orte[88]) widerlegt worden. Ueberhaupt aber hat schon Pütter[89]) bemerkt, daß es mit den römischen Primipilaren[90]), qui ad pascendos milites solemniter ad limitem destinabantur, wie *L.* 6. *Cod. Theodos. de Cohartalibus* sie bezeichnet, oder, wie es nachher heißt, qui ex more omnes alimonias militares susceptas ad limitem pervehebant, eine so ganz eigene Bewandniß gehabt habe, daß die von ihnen handelnden Verordnungen des röm. Rechts auf die heutigen Kriegscommissarien und Proviantverwalter oder Kriegszahlmeister nicht füglich angewendet werden können.

Zu den privilegirten gesetzlichen Hypotheken gehört

2) die Hypothek der Ehefrau wegen ihres Heirathsguts und dessen Vermehrung[91]). Diese geht allen älteren, sowohl ausdrücklichen als stillschweigenden, selbst privilegirten Hypotheken vor, so weit die Gesetze keine Ausnahme gemacht haben, wie folgende Gesetze außer allen Zweifel setzen:

88) S. den 19. Th. §. 1088. S. 71. ff.

89) Auserlesene Rechtsfälle 4. Bandes 2. Th. Decis. 295. nr. 29. S. 427.

90) S. §. 1088. Not. 87. S. 73. f.

91) *Ant.* Faber Conjecturar. iuris. civ. Lib. VIII. cap. 11. *Ant.* Merenda Controversiar. iuris Lib. III. c. 9. *Reinh.* Bachovius Tr. de pignorib. et hypoth. Lib. IV. Cap. 12. Dabelow Concurs der Gläubiger S. 299. f. und *Ge. Frid.* Scharlach Observationes pract. de dotis privilegio. *Hanoverae* 1798. 8. Obs. 2 — 7.

L. 12. §. 1. *Cod. Qui potiores in pignore.* Ad haec omnia respicientes, et reminiscentes, quod et alias duas constitutiones fecimus pro dotibus, mulieribus subvenientes, et haec omnia in unum colligentes, sancimus, ex stipulatu actionem, quem mulieribus iam pro dote instituendam dedimus, cuique etiam tacitam donavimus inesse hypothecam, *potiora iura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati.* Cum enim *in personalibus actionibus* (secundum quod diximus) tali privilegio utebatur res uxoria: (sc. ut mulieres contra omnes pene personales actiones haberent privilegia, et creditores alios antecederent, licet fuerint anteriores) *quapropter non in hypotheca hoc mulieri etiam nunc indulgemus beneficium*, licet res dotales, vel ex his aliae comparatae non extent: sed quocunque modo vel dissipatae, vel consumtae sint, si tamen re ipsa fuerint parti mariti datae.

§. 29. *IV.* 6. *I. de actionibus.* Sed et tacitam ei dedimus hypothecam. *Praeferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus*, cum ipsa mulier de dote sua experiatur.

Nov. XCVII. Cap. 2. Dotibus enim privilegium dedimus, *ut antiquioribus hypothecis potiora iura habeant*, cum illi, qui cum maritis contrahunt, substantiae illorum credant, non vero substantiae mulierum, quae tum forte maritis antea contrahentibus ne quidem iunctae fuerunt. Dedimus etiam licentiam (id quod antiquum est) aug-

menta faciendi, tam viro, quam mulieri id permittentes, sive ambo, sive alter horum augmentum facere velint.

Cap. 3. Scimus quasdam hypothecas, esti posteriores, ex privilegiis a legibus illis concessis praeponi antiquioribus creditoribus: veluti quando quis pecunia sua navem fabricaverit, vel eam emi, fabricari, aut reparari, vel domum forte aedificari, vel agrum, aut aliud quid emi curaverit. — Quaesitum igitur est, si mulier opponat *privilegium antiquae dotis*, vel *augmenti*, *in quo illi quoque privilegium* (sicut ante dictum est) *servatur*, et deinde prioribus creditoribus praevalere velit, veniat autem alius etiam creditor, qui licet posterior sit, opponat tamen pecunia sua emtam vel acquisitam esse navem, vel domum, vel agrum, et convenire, ut in illis rebus pecunia sua emtis, vel acquisitis dictum privilegium habeat: utrum dotem etiam his praeponere oporteat, an vero reliquis quidem creditoribus, qui talia non opponunt, praevalere, his vero cedere debeat, quia ex ipsorum substantia res acquisita est? Cum igitur multum de his deliberassemus, non invenimus iustum esse, ut mulier eiusmodi privilegio cedat. — *Propterea volumus*, *ut*, *licet quis alterius pecunia agrum emisse*, *licet quoque domum*, *vel praedium renovasse videatur*, *talia privilegia mulieribus opponere nequeat*.

Cap. IV. — Sancimus, si quis revera in militiam, vel ut filius fiat statutus, vel ob alias simi-

les causas mutuam pecuniam dederit, atque expresse hoc ipsum in instrumento scriptum et pactum ea de re conventum fuerit, ut casu existente ille sit potior, qui in eam rem credidit: *ut in hac sola specie mulier cedat.* — Mulier vero *reliquis omnibus*, secundum privilegium ipsis a nobis datum, *praevaleat.*

Nov. CIX. Cap. 1. Quoniam enim foeminis privilegium dotium dedimus, *ut et antiquioribus creditoribus praeferantur*, et meliore loco sint, quamquam tempore vincantur.

Ob wohl nun alle diese Gesetze das Vorzugsrecht des Heirathsgutes vor älteren, selbst privilegirten Gläubigern, die nicht ausdrücklich ausgenommen wurden, so bestimmt bezeichnet haben, daß gar kein Zweifel übrig bleiben kann, so hat man dennoch schon seit den Zeiten der Glossatoren über deren Sinn gestritten, und mancherlei Einschränkungen ersonnen, an welche Justinian auch nicht entfernt dachte. So behauptet Bulgarus gegen Martinus Gosias, der auf dem richtigern Wege war, man müsse einen Unterschied zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden Hypotheken machen. Nur vor den älteren stillschweigenden, nicht aber vor den älteren ausdrücklichen Pfandgläubigern habe Justinian der Frau den Vorzug einräumen wollen[92]). Accursius[93]) trat dieser

92) S. *Car. Frid.* Walchii Reliquae controversiae inter *Bulgarum de Bulgaris* et *Martinum Cosiam* de praelatione dotis. *Ienae* 1785.

93) Glossa ad L. 12. Cod. h. t.

Meinung bei, und sie fand auch unter den spätern Rechtsgelehrten berühmte Anhänger[94]), ja mehrere neuere Rechtsgelehrte[95]), ohneachtet sie die Schwäche der Gründe, wodurch man diese Meinung zu unterstützen sich bemühete, lebhaft fühlten, gaben ihr dennoch Beifall, weil sie es für die größte Ungerechtigkeit hielten, wenn ein privilegirtes Pfandrecht, welches mit keinem Absonderungsrechte versehen ist, einer ältern ausdrücklichen Hypothek vorgehen sollte. Denn ein Recht aus einem Vertrage könne Niemanden genommen werden, und es sey daher nicht zu vermuthen, daß Justinian den mit einer ausdrücklichen Hypothek versehenen Gläubigern ihr Recht habe entreißen wollen. Allein die Gründe für diese Meinung sind so schwach, daß, wenn sie nicht schon von Anderen[96]) widerlegt worden wären, sie gar keiner Widerlegung würdig seyn würden. Das Privilegium, das Justinian den Eheweibern wegen ihres Heirathsguts gegeben hat, mag immerhin eine Unbilligkeit und Ungerechtigkeit gegen die älteren Conventional-Pfandgläubiger mit sich führen, genug, Justinian hat es einmal für gut

94) *Hugo* DONELLUS de pignorib. Cap. XIV. circa fin. Verb. Sed melius est. *Matth.* WESENBECIUS in Comm. ad Pand. h. t. nr. 3. *Chr. Phil.* RICHTER de iure et privileg. creditor. Cap. III. Sect. I. pag. 138. nr. 6. sq. *Ge. Ad.* STRUV Synt. iur. civ. P. III. Exerc. XLIV. Th. 49. *Ben.* CARPZOV P. I. Const. 28. Def. 65. et 175. u. a. m.

95) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. XIII. med. 2. und Westphal Pfandrecht §. 164. Not. 182. S. 239.

96) S. Ge. Happel Rechte der Gläubiger in Ansehung der Faustpfänder. S. 200. ff. und Meißner Darstell. der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte. 2. Th. §. 172.

befunden, sie zu begünstigen, und ihren Brautschatz auf alle mögliche Art zu sichern. Diese Begünstigung leuchtet nicht nur aus allen oben angeführten Gesetzen klar hervor, sondern sie erscheint auch noch insonderheit aus den letzteren Worten des Kap. 3. der Novelle 97., wo Justinian sagt: *Ut autem dos ipsarum minuatur nullo modo permittimus:* cum sufficiat, eas lucris excidere, si donatione propter nuptias antiquiora inveniantur: et damnum quoque satis magnum exinde patiantur, non etiam volumus, ut quoad ipsam quoque dotem in periculo sint.

Das Vorzugsrecht des Brautschatzes soll nun zwar nach dem oben angeführten §. 29. *I. de actionibus* nur eigentlich der Ehefrau zukommen, wenn sie selbst ihr Heirathsgut zurückfordert; jedoch haben es nach ihrem Tode auch noch ihre Kinder, nicht anders, als ob die Mutter selbst noch lebe, und dieses mit der Hypothek verknüpfte Privilegium können sie nicht nur gegen ihre Stiefmutter, d. i. gegen die zweite Frau ihres leiblichen Vaters, sondern auch gegen andere Gläubiger desselben geltend machen [97]). Anderen Erben oder Gläubigern, und Successoren der Ehefrau kommt es hingegen nicht zu statten. Die hierauf sich beziehenden Stellen des röm. Rechts sind folgende:

L. 12. §. 1. *Cod. Qui potiores in pignore habeant.* — Exceptis videlicet contra novercas *ante-*

97) Man vergleiche hierüber vorzüglich Karl Albert von Kamptz Versuch einer Revision der Lehre vom Uebergang des Brautschatz-Privilegiums auf die Descendenten der Ehefrau. Berlin 1811. 8.

rioris matrimonii filiis, quibus pro dote matris suae iam quidem dedimus hypothecam contra paternas res, vel eius creditores: *in praesenti autem similem eis praerogativam servamus*, ne ius, quod posteriori datum est uxori, hoc anteriori denegetur: *sed sic maneat eis eius incorruptum, quasi adhuc vivente matre eorum.* Duabus enim dotibus ab eadem substantia debitis, ex tempore praerogativam manere volumus.

Es mußte allerdings bei der unbeschränkten Verleihung des Vorzugsrechts, welche K. Justinian der den Ehefrauen wegen ihres Brautschatzes ertheilten stillschweigenden Hypothek vor allen auch der Zeit nach älteren Gläubigern des Mannes beigelegt hatte, sich dem Gesetzgeber der Zweifel aufdringen, es möchte vielleicht wegen dieser allgemeinen Fassung des Gesetzes auch die zweite Frau des Ehemannes dieses Vorzugsrecht gegen die Kinder der verstorbenen ersten Frau, wenn diese den Brautschatz ihrer Mutter fordern, geltend machen wollen. Um diesem Zweifel zu begegnen, beschränkte daher Justinian das dem Heirathtsgute beigelegte Vorzugsrecht dergestalt, daß es der zweiten Ehefrau gegen die Kinder der ersten Ehe nicht zustehen sollte. Wäre eine solche Bedenklichkeit wohl möglich gewesen, wenn das mehrberegte Vorzugsrecht mit dem Tode der ersten Ehefrau erloschen wäre, und nicht in ihren Kindern fortdauern sollte? Aber diese Fortdauer wird nun dadurch vollends außer allen Zweifel gesetzt, daß Justinian den Kindern der ersten Ehefrau wegen des von dieser eingebrachten, und auf jene vererbten Brautschatzes den unbedingten Vorzug vor der zweiten Ehefrau und deren Heirathsgute ertheilt, und dadurch deutlich zu

erkennen gibt, daß auch den Kindern der ersteren Ehe das mehrgedachte Vorzugsrecht zustehen solle. So unzweideutig sich jedoch der Gesetzgeber über seine Absicht hier erklärt hatte, so waren doch in vorkommenden Fällen mancherlei Zweifel dagegen erregt worden, welche den K. Justinian veranlaßten, in einer neueren Verordnung seine Meinung noch deutlicher zu erklären. Dieß ist die hier nun noch in besondere Betrachtung kommende *Nov. XCI.*, in deren Präfation zuerst folgende Veranlassung erzählt wird:

Nuper iudicantibus nobis in controversiam saepe vocata est res, quae animadversione digna, et clariore lege non indigna est. Quidam enim cum primae uxoris, eaque amissa, secundae maritus factus esset, dote ab utraque accepta, liberisque ex priore relictis, secunda adhuc superstite obiit. Secunda igitur uxor, privilegio a nobis concesso utens, dotem a se datam exigere voluit. Contradixerunt liberi prioris matrimonii, maternam dotem ipsi opponentes: et dubium erat, num, priore conjuge non amplius superstite, liberos secundam dotem impugnantes suscipere oporteret. *Neque enim aliis, sive heredibus, sive creditoribus, sed* SOLIS LIBERIS *hoc priviligium dedimus et damus.* Multa igitur dubia circa hoc negotium fuerunt, secunda conjuge dicente, maritum prioris uxoris dotem, etiam antequam ipsam in matrimonium duxisset, expendisse, nec iustum esse, ut, cum vir tantum reliquisse inveniatur, quantum soli secundae doti sufficiat, ipsa dotem suam perdat, illi vero dotem iam consumtam percipiant. At li-

beri hypothecas objiciebant, quod, si defunctus res aliquas haberet, hypothecae defunctae conjugis hypothecis secundae omnino antiquiores essent.

Der Fall, der zu diesem Gesetze die Veranlassung gab, war gerade derselbe, von dem die *L*. 12. §. 1. *Cod. h. t.* handelt, welche hierdurch erläutert werden sollte. Ein Vater hat neben einer Frau zweiter Ehe auch Kinder aus der ersten Ehe hinterlassen. Die zweite Ehefrau forderte auf den Grund des den Ehefrauen verliehenen Vorzugsrechts ihr Heirathsgut zurück. Die Kinder der ersten Ehe setzten ihr entgegen, daß sie ebenfalls das mütterliche Heirathsgut noch zu fordern hätten. Es entstand daher die Frage, ob nach dem Tode der ersten Ehefrau den Kindern derselben wegen des ihnen angefallenen mütterlichen Brautschatzes das diesem beigelegte Vorzugsrecht auch im Streite mit dem Heirathsgute ihrer Stiefmutter zustehe [98])? Daß dieß die eigentliche Frage war, welche hier entschieden werden sollte, ergiebt sich ganz deutlich daraus, weil der Kaiser gleich dabei bemerkt, daß er dieses Privilegium nur den Kindern allein, sonst keinen anderen Erben oder Gläubigern der Ehefrau gegeben habe, und diesen Kindern ertheile er beregtes Privilegium hiermit nochmals. Daß also den Kindern, wenn sie das Heirathsgut ihrer Mutter zurückfordern, ein Vorzugsrecht gegen andere, wenn gleich der Zeit nach ältere, Gläubiger zustehe, schien gar keinem Zweifel unterworfen

98) Haloander hat die Worte, welche die Streitfrage enthalten, so übersetzt: An priore uxore non amplius superstite, illius filios, contra secundam dotem moventes actionem, admitti oporteret?

zu seyn. Die zweite Ehefrau führte nun zwar an, der Mann habe, noch ehe sie geheirathet, den Brautschatz seiner ersten Frau schon consumirt gehabt, und es sey nicht Recht, daß sie ihr Heirathsgut verlieren solle, zu dessen Ersatz der Nachlaß des Mannes noch hinreichend sey, während jene das nicht mehr vorhandene Heirathsgut ihrer Mutter erhalten sollten. Allein die Kinder erwiderten, daß gleichwohl die Hypothek ihrer verstorbenen Mutter älter sey, mithin sie auch ihrer Stiefmutter vorgehen müßten, wenn der verstorbene Vater noch Vermögen hinterlassen habe. Justinian entschied nun diesen Streit zum Vortheile der Kinder erster Ehe, wie aus dem folgenden *Cap.* **1.** der Novelle erhellet.

His igitur in controversiam deductis, illud in confesso et a nobis sancitum est, si quid ex rebus prioris vel secundae dotis appareat, necesse esse, ut vel liberi prioris, vel secunda uxor id habeat, vel si illa quoque mortua sit, singuli eius liberi, in quantum quisque suum esse probaverit. Hic enim actio in rem, vel de domini pure competit, et unusquisque suum habere debet, quod nullo privilegio indiget. ***Si vero nihil ex rebus utriusque appareat, vel quaedam adsint, quaedam deficiant, sive supersint mulieris,*** **[priore matrimonio per repudium forte soluto, et dote mulieri competente]** ***sive ambae relictis liberis defunctae fuerint, vel una ex illis: potiorem esse in iis, quae desunt, priorem eiusque liberos, antiquiorem dotem praetendentes.*** **Idem vero dicendum est et de** ***nepotibus*** **et** ***pronepotibus*** **et** ***sequentibus successoribus*****, cuiuscunque**

sexus fuerint. Quemadmodum enim necesse est, si duo publica debita sint, ut antiquius posteriori potius sit: ita hoc etiam casu necesse est, *ut privilegia prioris dotis dentur priori*, *et tum secundae*, *nec dos doti*, *nec hypotheca hypothecae praeferatur*, *sed quod antiquius et tempore prius est*, *vim suam et privilegium retineat*. Tempora enim hypothecam mutare vel tollere nullo modo volumus. Atque haec dicimus, non ignorantes, illa iam alibi in lege nostra definita esse: sed quia haec res apud nos acta est, et variae quaestiones motae sunt, propterea ad praesentis legis necessitatem devenimus: non ut nunc primum quid sanciremus, sed ut manifestius id omnibus faceremus.

Es wird nun hier das hypothekarische Vorzugsrecht des ersten Bautschatzes vor dem zweiten ohne Unterschied begründet, es mögen beide Eheweiber noch am Leben, oder beide mit Hinterlassung von Kindern gestorben seyn. Auch den Kindern der ersteren Ehe soll in Ansehung des in Natur nicht mehr vorhandenen Brautschatzes ihrer verstorbenen Mutter der Vorzug vor den Kindern ihrer Stiefmutter gebühren, zum deutlichen Beweise, daß der Uebergang des Brautschatz-Privilegiums auf die Descendenten der Ehefrau nicht blos auf den Fall allein beschränkt seyn soll, wenn sie mit der Stiefmutter collidiren, welche neben ihnen ihr Heirathsgut zurückfordert. Ob sie aber deswegen ihr Vorzugsrecht auch gegen ältere Pfandgläubiger geltend machen können, bezweifeln dennoch Viele. Die älteren Rechtsgelehrten, von den Zeiten der Glossatoren an bis zum Schlusse des sechszehnten Jahrhun-

derts[99]), trugen zwar kein Bedenken, jene Frage zu bejahen. Allein nun trat Anton Faber[100]) auf, und erklärte diese Meinung für einen Irrthum. Nimirum fefellit eos, sagt er, quod IUSTINIANUS in *L.* 12. *Cod. h. t.* ita scribit: *similem eis praerogativam servamus*, et paulo post, *quasi adhuc vivente etiam matre eorum*. Quibus tamen verbis apertissimum est non illud IUSTINIANUM significare, praeferendos esse liberos creditoribus anterioribus (cum secunda uxor, cui eos praeferri vult, non sit ex anterioribus, sed ex posterioribus). At illud potius, mulierem, quae in dotis repetitione praeferatur caeteris omnibus, licet anterioribus, non esse tamen praeferendam liberis prioris matrimonii maternam dotem repetentibus. Ratione illa, quae sequitur, *duabus enim dotibus ab eadem substantia debitis ex tempore praerogativam manere volumus.* — Nec est, quod pro sententiae nostrae confirmatione apertius testimonium quaeramus, quam quod IUSTINIANUS ipse praebet in §. 29. *I. de action. Praeferri autem aliis creditoribus*, inquit, *tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiatur*, *cuius* SOLIUS *providentia hoc induximus*, ut mirum sit, in re tam aperta errare nostros potuisse, accedente praesertim iuris regula, quae iubet in omnibus causis id observari, ut, ubi personae conditio locum facit

99) Sie werden alle in der oben angeführten Abhandlung des H. von Kamptz §. 5. aufgezählt.

100) Conjecturar. iuris civ. Lib. VIII. Cap. 13. (*Lugduni* 1598. edit. postrema *Aurelianae Allobrogum* 1609. f.)

beneficio, ibi deficiente persona beneficium quoque deficiat. So lebhaft indessen Anton Faber von seiner Ansicht überzeugt seyn mochte, so wenig wollte dennoch der gerügte Irrthum seinen Zeitgenossen einleuchten. Er erhielt vielmehr an Reinhard Bachov [1]) einen eben so scharfsinnigen als gewichtigen Gegner. Kein Wunder, daß fast alle Rechtsgelehrte des siebenzehnten und achtzehnten Jahrhunderts der älteren Meinung huldigten, und daß dieselbe gleichsam durch eine Immemorialverjährung das Bürgerrecht in den Gerichten erhielt [2]). Nur wenige Rechtsgelehrte [3]) waren es, bei denen Fabers Meinung Eingang fand. Unter den neueren Rechtsgelehrten [4]) hat

1) Tr. de pignorib. et hypoth. Lib. IV. Cap. 13. nr. 2.

2) S. Carpzov Definition. for. P. I. Const. 28. Def. 95 — 98. Berlich Conclus. pract. P. I. Concl. 65. nr. 75. et 85. Harpprecht Consil. Tübing. Cons. 59. nr. 54. et 55. et nova Consilia Cons. 68. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. VI. Specim. CCCXIX. medit. 4. Pufendorf Observat. iur. univ. Tom IV. Obs 66. Hommel Rhapsod. quaestion. for. Vol. VI. Obs. 786. nr. 17.

3) *Conr.* Rittershusius Commentar. nov. in IV. libros Institut. ad §. fuerat antea de Actionibus pag. 637. *Ian. a* Costa Commentar. ad §. 29. I. de action. Verb. *Cuius solius* pag. 553. *Cypr. Regner. ab* Oosterca Comment. et nov. Animadversion. in Cod. ad. L. 12. Qui pot. in pign. und *Ant.* Schulting Thes. controv. Decad. LXXX. Th. 8.

4) *Christ.* Gmelin Diss. de iure dotis in concurso creditorum. *Tübing.* 1789. §. 5. sqq. Dabelow Entw. der Lehre vom Concurse der Gläubiger S. 256 — 258. Meißner Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrecht. 2. Th. §. 171. *Ge. Frid.* Scharlach Observation. pract.

sie mehrere Anhänger gefunden, die sie zum Theil mit neuen Gründen zu unterstützen suchten. Außer der allgemeinen Regel der Auslegung, welche überhaupt bei besonderen Rechten stattfindet, daß sie streng nach den Worten zu erklären sind, glauben sie noch einen besonderen Grund jener vorzüglichen Begünstigung der Kinder der ersten Ehe vor ihrer Stiefmutter in einem Hasse gegen zweite Ehen gefunden zu haben. Sie berufen sich ferner auf die *L. un. Cod. de privilegio dotis*, wo die Kaiser Sever und Antonin rescribiren: Scire debes, *privilegium dotis*, quo mulieres utuntur, in actione de dote *ad heredem non transire*, und halten dieses Gesetz, wenn es gleich nur von dem ehemaligen persönlichen privilegio exigendi redet, doch darum für ganz entscheidend, weil das der Hypothek des Brautschatzes beigelegte Vorzugsrecht nach der Analogie jenes persönlichen Privilegiums eingeführt sey. Sie glauben endlich dieser Meinung durch die Schlußworte der Novelle 61. noch ein besonderes Gewicht zu geben, welche so lauten: Omnibus privilegiis, *quae doti a nobis data sunt*, in suo robore manentibus, *si mulier agat*. Nemini enim ex reliquis, *excepta muliere*, illud privilegium aut ab initio dedimus, aut nunc damus.

Alles beruht wohl zunächst auf der richtigen Auslegung der *L.* 12. §. 1. *Cod. Qui potior. in pignore*. Man glaubt, es könne gar nichts weniger einem Zweifel unterworfen, nichts deutlicher gesagt seyn, als daß Justi-

de privilegio dotis. Obs. 10. und *Io. Christ. Eques de* Haubold ad *Bergeri* Oeconom. iuris Lib. II. Tit. 5. Th. 4. not. e.

man in den Worten: *exceptis videlicet contra novercas anterioris matrimonii filiis*, das Vorzugsrecht der Kinder nur auf den alleinigen Fall ihrer Concurrenz mit einer Stiefmutter beschränkt habe. Da nun dieselbe offenbar keine ältere, sondern eine spätere Gläubigerin sey, so leuchte ja in die Augen, daß Justinians Absicht nicht gewesen seyn könne, den Descendenten der Ehefrau ein Vorzugsrecht vor den älteren Gläubigern des Ehemanns einzuräumen. Ich will hier nicht mit Leyser[5]) einwenden, welche Ungereimtheit daraus entstehen würde, wenn man den Kindern der ersteren Ehe zwar den Vorzug vor der zweiten Frau des Schuldners einräumen, sie aber demnächst den älteren Pfandgläubigern ihres Vaters, wenn dergleichen noch vorhanden seyn sollten, nachsetzen wollte. Denn man bescheidet sich von selbst, daß in dem Falle, wo die Kinder mit der Stiefmutter concurriren, ihnen auch der Vorzug vor den älteren väterlichen Pfandgläubigern darum gebühre, weil diese der Stiefmutter weichen müssen, wenn sie ihr Heirathsgut zurückfordert. Man sagt, dieß bringe schon die bekannte Regel mit sich: Si vinco vincentem te, et te quoque vincere debeo. Es fragt sich nur, welchen möglichen Grund wohl der Gesetzgeber gehabt haben sollte, das Heirathsgut der Ehefrau, wenn es die Kinder, außer jenem Falle der Concurrenz mit einer Stiefmutter, aus dem Concurse des Vaters zurückfordern, den älteren Gläubigern desselben nachzusetzen. Etwa weil hier das odium secundarum nuptiarum wegfällt? Allein wo ist denn in dem ganzen Gesetze auch nur der entfernteste Gedanke, daß der Gesetz-

5) Meditat. ad Pand. Vol. V. Spec. CCCXIX. medit. 4.

geber aus diesem Grunde den Kindern der ersteren Ehe ein Vorzugsrecht vor der Stiefmutter ertheilt habe? Das dem Brautschatz beigelegte Vorzugsrecht gründet er überhaupt darauf, weil es widerrechtlich sey, die Gläubiger des Mannes nicht aus seinem Vermögen, sondern aus dem Heirathsgute der Frau zu befriedigen: Oportebat enim disponi *maritos creditoribus suis ex sua substantia satisfacere, non de dote mulieris*, quam ad suos victus suasque alimonias mulier possidet. Diesen Grund unterstützt er in der Novelle 97. Kap. 2. noch dadurch, daß die Gläubiger nicht auf den Brautschatz, sondern auf des Mannes Vermögen creditirt haben. Dotibus enim privilegium dedimus, ut antiquioribus hypothecis potiora iura habeant, *cum illi, qui cum maritis contrahunt, substantiae illorum credant, non vero substantiae mulierum.* Dieser Grund spricht gewiß mit gleicher Stärke für die Kinder der Ehefrau, wenn sie mit älteren Pfandgläubigern ihres Vaters concurriren. Warum aber insonderheit die Kinder der ersteren Ehe in Ansehung des Brautschatzes ihrer Mutter den Vorzug vor ihrer Stiefmutter haben sollen, davon gibt Justinian den Grund an, weil die Hypothek des ersteren Brautschatzes äiter ist. Duabus enim dotibus ab eadem substantia debitis, *ex tempore praerogativam* manere volumus. Die Worte: *Exceptis videlicet contra novercas anterioris matrimonii filiis*, quibus pro dote matris suae iam quidem dedimus hypothecam contra paternas res vel eius creditores, enthalten nun zwar allerdings eine Ausnahme; allein ganz unrichtig ist es, wenn man dieselbe auf einen Satz beziehen will, den das Gesetz nicht kennt. Es

war nicht vorher davon die Rede, daß das Privilegium des Heirathsgutes mit dem Tode der Ehefrau erlöschen, und auch nicht auf deren Kinder übergehen solle, sondern der durch dieses Gesetz sanctionirte Grundsatz ist: der Brautschatz hat den Vorzug vor allen, auch selbst älteren Gläubigern des Mannes, jedoch mit Ausnahme der Kinder der ersteren Ehe, welchen die Stiefmutter mit ihrem Heirathsgute nicht vorgehen soll. Nach dieser ganz natürlichen Erklärung bestimmt also diese Ausnahme nicht sowohl den Fall, in welchem den Kindern nach dem Tode ihrer Mutter das Privilegium des Heirathsgutes derselben zustehen soll, sondern den Fall, wo das dem Heirathsgute beigelegte Vorzugsrecht gegen ältere Gläubiger nicht statt hat, weil ihnen ein gleicher Vorzug eingeräumt ist. Denn wir haben, sagt Justinian, den Kindern der ersteren Ehe wegen des Heirathsgutes ihrer Mutter zwar schon eine Hypothek gegen die Gläubiger ihres Vaters gegeben, jetzt aber ertheilen wir ihnen auch ein gleiches Vorzugsrecht, damit nicht das Recht, welches der zweiten Ehefrau ertheilt worden ist, der ersteren entzogen werde. Es soll demnach den Kindern derselben dieses Vorzugsrecht so unverletzt verbleiben, als wenn ihre Mutter selbst noch am Leben wäre. Denn wenn zwei Heirathsgüter aus derselben Vermögensmasse gefordert werden, so soll der Vorzug des einen vor dem andern nach der Zeitordnung bestimmt werden. Es geht demnach aus dieser ganzen Fassung und dem Sinne des Gesetzes, so wie er hier ganz ungezwungen dargestellt worden ist, deutlich hervor, daß die in dem Gesetze gemachte Ausnahme offenbar keine Bedingung des Eintritts und der Statt-

haftigkeit des dem Brautschatz beigelegten Privilegiums, sondern lediglich eine Beschränkung in Ansehung derjenigen Gläubiger enthalte, gegen welche dieses Privilegium statt haben soll. Das Gesetz bestimmt nämlich nur, daß das Heirathsgut der zweiten Ehe sein Vorzugsrecht nicht gegen den Brautschatz der ersten Ehe soll geltend machen können, beschränkt aber keineswegs das Vorzugsrecht des ersten Brautschatzes auf den Fall der Concurrenz mit einem späteren Brautschatz, und verordnet nicht, daß die Kinder das Recht des ersteren nur in diesem Concurrenzfalle haben sollen, sondern verweigert dasselbe nur dem letzteren im Falle einer solchen eintretenden Concurrenz, und setzt mithin die Fortdauer des dem ersten Brautschatz beigelegten Privilegiums in der Person der Kinder als an sich unbezweifelt voraus, wie sich alles dieß noch weit deutlicher aus dem oben angeführten Kap. 1. der Novelle 91. ergiebt, wodurch die L. 12. §. 1. Cod. h. t. erläutet werden sollte. Allein, sagt man, der Satz, von welchem die L. 12. §. 1. h. t- eine Ausnahme macht, ist ja §. 29. *I. de actionib.* deutlich genug ausgesprochen, wo Justinian in Beziehung auf jene Verordnung sagt: Praeferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum *ipsa mulier* de dote sua experiatur, *cuius* SOLIUS *providentia hoc induximus.* Wollte man freilich das SOLIUS auf die mulier beziehen, so hätte dieß Argument zwar einigen Schein; es ließe sich aber demselben doch immer dadurch hinlänglich begegnen, wenn man mit Westphal[6]) sagte, daß dieser Text aus einer Quelle der *L.* 12. *cit.* erklärt

6) Pfandrecht. §. 82. Not. 105.

und ergänzt werden müßte, wenn man nicht etwa der gemeinen Erklärung der Ausleger[7]) den Vorzug geben wollte, daß die mulier hier den heredibus extraneis entgegengesetzt werde. Allein man lasse sich von Theophilus belehren, und wer sollte nicht lieber dem Ausleger folgen, der uns, als Justinians Zeitgenosse[8]), gewiß die beste Erläuterung über die von ihm selbst mit verfaßten Institutionen geben kann? Dieser lehrt uns nun, daß das SOLIUS sich nicht auf mulier, sondern auf dos im Gegensatze von donatio ante oder propter nuptias beziehe. Er sagt nämlich in seiner griechischen Paraphrase: *Καὶ προτίμησιν παντὸς δανειστοῦ, ει καὶ πρεσβύτερός ἐστι τῷ χρόνῳ ἀλλὰ τότε, ἡνίκα βούλεται ἡ γυνὴ αὐτὰ τὰ ἐπιδοθέντα ὑπ᾽ αὐτῆς λόγῳ προικὸς ἀναλαβεῖν· ὥστε οὖν ἐπὶ ἀπαιτήσει τῆς προγαμιαίας δωρεᾶς, ἤτοι τῆς διά γάμον γενομένης δωρεᾶς, εἰ βουληθῇ χρήσασθαὶ τῇ* ex stipulatu, *τῶν αὐτῶν οὐ τεύξεται προνομίων.* i. e. et praelationem ante quemvis creditorem, etsi tempore veterior est; sed tunc, *quum mulier ipsas res a se datas dotis nomine vult recipere:* itaque in repetitione donationis antenuptialis, vel donationis propter nuptias factae, si actione ex stipulatu velit uti, haud eadem consequetur privilegia. Janus a Costa[9]) will zwar diese

7) *Iul.* Pacius, *Arn.* Vinnius und *Ev.* Otto in Comm. ad §. 29. I. de actionib.

8) S. Phil. Bernh. Degen Bemerkungen über das Zeitalter und die Institutionen-Paraphrase des griechischen Rechtslehrers Theophilus. Lüneburg 1809. 8.

9) Comm. ad §. 29. I. de act. ad verba: *Cuius solius.*

Erklärung verwerfen und dem Theophilus den Vorwurf machen, er habe sich durch die *L.* 12. §. *ult. Cod. h. t.* täuschen lassen. Allein wie grundlos diese Beschuldigung sey, hat schon Wilh. Otto Reitz[10]) in seiner Ausgabe der Paraphrase gezeigt. Eben so, wie Theophilus, interpretirt auch diese Stelle Emund Merill[11]). Noch viel schwächer ist aber der Grund, welcher von einer Analogie des ehemaligen iuris exigendi hergenommen werden will. Justinian sagt ja nur in *L.* 2. §. 1. *cit.*, da schon bei den persönlichen Klagen das Heirathsgut ein solches Privilegium gehabt habe, daß es allen andern persönlichen Forderungen auch den ältern Gläubigern vorgegangen sey, so habe er ja wohl auch der Hypothek, welche er der Ehefrau wegen ihres Heirathsguts gegeben habe, dasselbe Vorzugsrecht vor älteren Pfandgläubigern beilegen können. Daß aber deswegen dieses hypothekarische Vorzugsrecht nicht eben so, wie jenes privilegium exigendi, blos auf die Person der Ehefrau eingeschränkt seyn solle, sagt ja Justinian selbst deutlich genug, indem er auch den Kindern derselben similem praerogativam ertheilen wolle, ut sic maneat eius ius incorruptum, *quasi adhuc vivente matre eorum.* Wie wenig also hier die *L. un. Cod. de privilegio dotis* zu einigem Beweise dienen könne, erhellt daraus, daß Justinian ausdrücklich sagt: die ältere Gesetzgebung sey nicht erschöpfend gewesen, er habe daher nun durch sein Gesetz das zur Vollkommenheit gebracht, was jene blos angefangen, aber nicht vollendet hatte. Der Grund

10) Paraphr. graec. Tom. II. pag. 819.
11) Comm. ad §. 29. I. de action. pag. 485.

endlich, welcher noch aus den letzteren Worten der Novelle 61. hergenommen wird, verliert vollends das ihm beigelegte Gewicht, wenn man erwägt, daß ja in einem neueren Gesetze, nämlich in der Novelle 91. Kap. 1. der Kinder ausdrücklich gedacht, und ihnen in Absicht auf das privilegium dotis ein gleiches Recht, wie ihrer Mutter, ertheilt wird.

3) Die specielle Hypothek der Pupillen und Minderjährigen an den mit ihrem Gelde erkauften Sachen[12]), von welcher schon an einem andern Orte[13]) gehandelt worden ist.

4) Die specielle Hypothek, die demjenigen, welcher namentlich zur Wiederherstellung eines verfallenen Gebäudes ein Darlehen gegeben hat, an dem wiederhergestellten Gebäude zusteht. Von dieser Hypothek und den Gründen ihres Vorzugs ist ebenfalls schon an einem andern Orte[14]) gehandelt worden. Ein eigenes Gesetz, wodurch diese gesetzliche Hypothek namentlich zu einer privilegirten erhoben worden wäre, gibt es freilich nicht. Es kann ihr aber das Vorzugsrecht schon um deshalb nicht abgesprochen werden, weil es ein allgemeiner Grundsatz ist, daß jeder spätere Pfandgläubiger dem älteren vorgehe, wenn das Geld, welches der jüngere darlieh, dem Zwecke des Darlehens gemäß auf die Erhaltung der Sache verwendet

12) *L. 7. pr. D. h. t.* verbunden mit *L. 5. eod.* S. Meißner vom stillschweigenden Pfandrechte. 1. Th. §. 91.

13) S. §. 1087. b. S. 47. ff. und Gesterding Pfandrecht. S. 229.

14) S. §. 1087. b. S. 1. ff.

worden ist, die dem älteren Gläubiger und nun auch ihm zum Pfande dient[15]). Nach dem Gerichtsgebrauche ist auch das Vorzugsrecht dieser gesetzlichen Specialhypothek keinem Zweifel unterworfen[16]). Aus dem angeführten Grunde kann denn auch

5) die Specialhypothek des Vermiethers an den Sachen des Miethmanns zuweilen mit einem Vorzugsrechte verbunden seyn, wenn nämlich der Miethcontract zur Erhaltung der Sache, wegen welcher um die Priorität gestritten wird, nothwendig gewesen ist, wie dieß bei der Vermiethung von Scheunen und Vorrathshäusern, wofür der Miethmann das Miethgeld noch schuldig ist, der Fall seyn kann[17]). Endlich

6) wollen auch Viele[18]), denen Hellfeld beistimmt, den aus einem Grundstücke gebührenden Reallasten eine privilegirte Hypothek beilegen. Man rechnet dahin Zinsrückstände, Bodenzins (solarium), Canon, Laudemialgel-

15) *L.* 5. *et L.* 6. *pr. h. t. Nov.* 97. *cap.* 3. S. WALCH Diss. de privilegio pecuniae in refectionem aedium creditae. *Ienae* 1771. Sect. II. §. 10. Meißner vom stillschweigenden Pfandrecht §. 83. und Gesterding Pfandrecht §. 31. S. 229.

16) von Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 104. S. 369. ff. der 5ten Auflage u. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. II. §. 1210.

17) *L.* 5. *L.* 6. §. 2. *D. h. t.* Meißner §. 66. Schweppe System des Concurses der Gläubiger. §. 70.

18) MALBLANC Princip. iur. Rom. P. III. §. 576. nr. X. Kori System des Concurs-Prozesses Lib. II. Cap. 1. §. 12. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 2. Th. §. 2051.

der u. dergl. Andere[19]) aber räumen diesen Forderungen vielmehr einen Platz in der ersten Classe ein, und diese Meinung nimmt auch die Praxis[20]) an, obwohl Mehrere[21]) geneigter sind, diesen Forderungen allen Vorzug abzusprechen, insoferne sie nicht während des Concurses fällig geworden, sondern aus einer früheren Zeit rückständig sind. Es ist hievon schon an einem andern Orte[22]) ausführlicher gehandelt worden.

II. Privilegirte Conventional-Hypotheken. Zu diesen rechnet man gewöhnlich

1) die Hypothek desjenigen, welcher schon ein Pfandrecht an der Sache hatte, ehe sie in das Vermögen des Gemeinschuldners kam. Man will diesem Gläubiger, dessen Pfandrecht sich aus den Zeiten des vorigen Eigenthümers herschreibt, den Vorzug vor allen bei dem nachherigen Erwerber der Sache erst entstandenen, selbst privilegirten Hypotheken, ja sogar ein Separationsrecht darum einräumen, weil der Schuldner die Sache nicht ohne das darauf haf-

19) Claproth Einleitung in die sämmtlichen summarischen Prozesse §. 398. Walch Introd. in controv. iur. civ. Sect. IV. Cap. III. Membr. II. Subs. II. §. 11. et 12. Dabelow Concurs der Gläubiger. S. 608. f.

20) Lauterach Colleg. th. pr. Pand. P. III. Lib. XLII. Tit. 5. §. 36. Mevius Dicision. P. IV. Dec. 403. Hofmanns deutsche Reichspraxis. 2. Th. §. 1277. v. Gmelin Ordnung der Gläubiger. §. 73.

21) S. Runde Grundsätze des deutschen Privatrechts. §. 515. Hofacker Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. III. §. 4617. Schweppe System des Concurses der Gläubiger. §. 36.

22) S. §. 1087. b. S. 60. f.

tende Pfandrecht erwerben, folglich seinen Gläubigern nicht mehr Recht an der Sache habe verschaffen können, als er selbst hatte, dem Pfandgläubiger aber sein Recht weder durch die von dem Verpfänder nachher geschehene Veräußerung, noch durch die nachfolgenden Gläubiger des neuen Erwerbers habe entzogen werden können [23]). Nach dem Gerichtsgebrauche ist dieser Vorzug wohl freilich keinem Zweifel mehr unterworfen [24]). Es findet auch nach demselben kein Unterschied statt, ob das von dem vorigen Eigenthümer bestellte Pfandrecht ein conventionelles oder ein gesetzliches ist [25]). Allein desto mehr findet die Theorie des Rechts dagegen einzuwenden. Denn in den Gesetzen ist dieser Vorzug nicht begründet. Die dafür angeführten Stellen des römischen Rechts [26]) beweisen wenigstens denselben nicht. Nun ist es zwar an sich richtig, daß Keinem sein früheres ius quaesitum genommen werden kann; allein man hat nicht bedacht, daß dieser Grund bei solchen Pfändern nichts beweise, wobei es auf das Alter nicht ankommt. Dieß ist nun gerade der Fall bei privilegirten Pfändern. Hier verschwindet der Begriff eines iuris quaesiti, sobald ein privilegirtes Pfandrecht sich anderen, entweder gar nicht oder nicht so

23) S. Westphals Pfandrecht. §. 159. u. 160. von Gmelin Ordnung der Gläubiger. §. 37. S. 84. der 5ten Auflage. Schweppe System des Concurses der Gläubiger. §. 69.

24) Mevius P. IV. Decis. 242. et P. V. Dec. 260. Wernher Select. Observat. for. Tom. II. P. VI. Obs. 333. Reinharth Select. Observat. ad *Christinaei* Decisiones. Vol. IV. Obs. 56.

25) Wernher c. l. P. VIII. Obs. 317.

26) *L.* 12. *Cod. de distract. pignor. L.* 15. *Cod. de pignorib. L.* 1. §. 1. *D. de separat.*

stark privilegirten Pfändern entgegenstellt [27]). Geht nun ein solches Pfandrecht seinem Begriffe nach auch den der Zeit nach älteren Hypotheken vor, so könnte ja der Verpfänder selbst durch neue Schulden privilegirte Pfandrechte begründen und durch Bewilligung derselben die Rechte seiner simplen Pfandgläubiger brechen. Was bei dem Vorgänger gilt, das gilt auch bei dem Nachfolger, weil es ein ausgemachter Grundsatz ist, daß die Rechte des Vorgängers auch dem Nachfolger nicht abzusprechen sind. Aus Allem geht demnach klar hervor, daß man Pfandgläubigern, deren Rechte sich aus den Zeiten des vorigen Eigenthümers herschreiben, nur insofern einen Vorrang einräumen könne, als sie ein älteres Recht haben, dagegen müssen sie den mehr privilegirten Pfandgläubigern des Gemeinschuldners nachstehen [28]).

2) Eine vorzüglich privilegirte Hypothek ist diejenige, welche sich der Gläubiger, der zum Ankaufe einer militia Geld anlieh, an derselben ausdrücklich hat verschreiben las-

27) S. Thibaut civilist. Abhandlungen Nr. XIII. S. 311. ff.

28) Thibaut System des Pandectenrechts 2. B. §. 655.

29) *Nov.* 53. *c.* 5. und *Nov.* 97. *Cap.* 4. S. *Io. Frid.* EISENHART Diss. de iure eius, qui ad militiam emendam credidit, in concursu creditorum. *Helmstadii* 1757. Dabelow Lehre vom Concurse der Gläubiger S. 249. a. E. — 251. und Ge. Happel Rechte der Gläubiger in Ansehung der Faustpfänder S. 133. ff. Einige glauben, man habe an einer militia schon eine gesetzliche Hypothek, wenn man zur Anschaffung derselben das Geld darleihe. Thibaut Syst. des Pand. R. 2. B. §. 642. nr. II. Allein man sehe *Io. Christph.* KOCH Diss. de pecunia ad emendum credita. *Giesae* 1772. §. 12. in fin.

sen [29]). Militiae nannte man öffentliche Aemter und Dienste, die entweder den Kaiser selbst oder den Magistraten in Sachen, welche zur Staatsverwaltung gehörten, geleistet wurden und mit Gehalt und gewissen Emolumenten verbunden waren [30]). Sie waren demnach mit keinem Imperium noch einer Jurisdiction versehen, und werden in dieser Hinsicht von magistratus und dignitates genau unterschieden [31]). Einige dieser militiae waren Hof = Chargen, deren Dienst in sacro Palatio verrichtet wurde, — militiae palatinae [32]), z. B. die Charge eines Comes palatinus, eines Comitatensis, eines Domesticus, eines Cubicularius, eines Silentiarius u. d. m. Verschieden von dieser militia Palatina war die militia sacrorum Scriniorum, welche *militia litterata* [33]) genannt wurde. Zu dieser gehörten die Memoriales, Proximi Scriniorum, Comes Dispositionum, Magistri scriniorum, auch

30) RITTERSHUSIUS Iur. Iustinian. s. Novellar. Iustiniani Eposit. method. P. III. Cap. 8. *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. II. cap. 17. nr. 10. sqq. *Barn.* BRISSONIUS de Verbor. iuris significat. voc. *Militia* und *Christ. Frid. Imm.* SCHORCH Disquisit. de militiis ex casu ad Nov. 53. cap. 5. *Francof.* et *Lipsiae* 1769. 4. S. auch Westphals Pfandrecht. §. 40. Not. 62. S. 96. ff.

31) *L.* 8. *Cod. de paganis. L. ult. Cod. de iurisdict. omn. iudic.*

32) Von dieser militia handeln *Tit.* 24. *lib. XII. de palatinis sacrar. largit. Tit. Cod. Theod. et Iustin. de privilegiis eorum, qui in sacro palatio militant.* XII. 29. et Tit. utriusque Cod. de Castrensianis. XII. 26.

33) *L.* 8. *Cod. de proximis sacrorum scrinior.* SYMMACHUS Lib. VII. Epist. 124.

der Quaestor Sacri palatii [34]). Die andere Art von militiae bildeten diejenigen Aemter, welche von den Subalternen der Magistrate versehen wurden. So kommen unter den Officialen der Magistrate die Scriniarii, die Cancellarii, Adjutores, Scribae, Lictores, Accensi, Praecones vor. Sogar von den Apparitores brauchte man den Ausdruck: militare [35]). Von diesen militiae waren nun viele erblich, und konnten verkauft, verpfändet und vermacht werden [36]), z. B. die militia Adjutorum Quaestoris, militia Silentiariorum et Cubiculariorum sacri palatii [37]). *Sunt in Imperatoria domo*, sagt Procopius [38]), *dignioris plane ordinis milites alii, quibus quo majori pretio militiae nomina sibi comparant, eo major ab aerario publico solviter pensio*. Sehr häufig ist auch in den Pandecten [39]) von einer

34) S. Tit. Cod. de Proximis sacror. scrinior. XII. 19. et Tit. Cod. de Magistris sacror. scrinior. XII. 9.

35) *L.* 4. 5. *et* 9. *Cod. de divers. offic. et apparitor.* et Tot. *Tit. Cod. Theod. de divers. offic. et apparitor.* Cassiodorus Formular. Lib. IV. c. 25. et lib. VII. Form. 28.

36) *L.* 5. *Cod. Qui militare possunt. L.* 30. §. *ult. Cod. de inoff. testam. L. ult. Cod. de pignorib. Nov. CXXXVI. cap.* 2.

37) *L.* 30. *in fine Cod. de inoff. testam. Nov. XXXV.* S. *Bern. Frid. Rud.* Lauhn Florum sparsio ad rubrum tit. Cod. Theod. et Iustin. de silentiariis et Decurionibus eorum. *Erford.* 1743.

38) *Historia arcana.*

39) *L.* 52. §. 2. *D. de act. emti et vend. L.* 22. *L.* 49. §. 1. *D. de legat. II. L.* 11. §. 16. *D. de legat. III.*

verkauften oder vermachten militia die Rede. Waren nun militiae veräußerlich, so gingen sie zwar auch auf die Erben über[40]), es mußte jedoch der Erbe den Dienst zu versehen fähig seyn. War er indessen auch unfähig, so ging darum doch die militia für die Erbschaft nicht verloren, sondern es wurde an die Stelle des Verstorbenen ein anderes tüchtiges Subject substituirt, welches dann den Erben des Verstorbenen eine gewisse Summe Geldes zur Vergütung bezahlen mußte, die entweder durch die Uebereinkunft des Collegiums oder durch die Gesetze bestimmt war[41]), und *placitum scholae*, *casus militiae*, oder auch *commodum caducae militiae* genannt wurde[42]). Hatte der Verstorbene seine militia Jemanden legirt, so konnte der Legatar den ganzen Kaufpreis fordern[43]). Wurde hingegen eine militia nicht durch den Tod des Inhabers erledigt, sondern durch Resignation einem Andern für einen bestimmten Preis überlassen, so nannte

L. 3. §. 7. *D. de minorib.* *L.* 18. §. 2. *D. de aliment. vel cibar. legatis.*

40) *L. ult. Cod. de pignor.* *L.* 30. §. *ult. Cod. de inoff. testam.* *L.* 7. *et* 11. *C. de proximis sacror. scrinior.* *Nov.* 35. *Nov.* 53. *cap.* 5. *Nov.* 97. *cap.* 4. Averanius c. I. nr. 20.

41) *L.* 11. *Cod. de proximis sacror. scrinior.* *L.* 30. §. *ult. Cod. de inoff. test.* *L. ult. Cod. de pignorib.*

42) S. Schorch Disquis. cit. pag. 23.

43) *L.* 49. §. 1. *in fin. D. de legat. II.* *L.* 11. §. 16. *D. de legat. III.* *L.* 22. *D. de legat. II.* S. *Io. Car. Chr.* Glück Diss. ad fragm. Iulii Pauli ex eius libro 5. ad L. Iul. et Pap. quod extat in L. 49. §. 2. D. de legat. *Erlangae* 1817. §. 34.

man sie eine *militia ex casu*, weil man von demjenigen, der auf solche Art einem Andern im Dienste Platz gemacht hatte, den Ausdruck loco cadere gebrauchte [44]). Hier war nun besonders der Fall sehr gewöhnlich, daß ein Dritter zum Ankaufe einer solchen militia das Geld vorschoß und sich dann zu seiner Sicherheit die dafür erkaufte militia zum Unterpfande verschreiben ließ.

Anfangs zweifelte man zwar, wie Justinian in der Novelle 53. Kap. 5. princ. sagt, ob militiae mit Hypotheken behaftet werden könnten. Allein durch die *L. ult. Cod. de pignorib.* war bereits verordnet worden, daß militiae, welche käuflich sind, auch verpfändet werden können. Der Kaiser fand es indessen doch nicht für gut, dergleichen Verpfändung schlechthin zu gestatten, sondern nur diejenigen Gläubiger sollten sich allein eine vollkommen wirksame Hypothek auf einer militia bestellen lassen können, welche namentlich zur Erwerbung derselben das Geld hergeliehen haben. Wenn andere Gläubiger, die nicht zum Ankaufe einer militia, sondern

44) *Nov. LIII. cap.* 5. §. 1. *Nov. XCVII. Cap.* 4. Juliani *Epitome Nov.* 53. *de iis, qui fiunt in locum eorum, qui suo loco ceciderunt.* Wegen der militiae ex casu sind zwar die Ansichten der Rechtsgelehrten sehr verschieden. Man vergleiche *Lael.* Taurellus de militiis ex casu, in *Ev.* Ottonis *Thes. iur. Rom.* Tom. IV. pag. 1631. sqq. *Ant.* Augustinus in Epistola praemissa ad *Taurellum* script. p. 1630. *Franc.* Connanus Commentar. iur. civ. Lib. IV. cap. 15. *Lud.* Charondas *Πειθανῶν* s. Verisimilium Lib. I. cap. 14. in *Th. Otton.* Tom. I. pag. 712. *Iac.* Cujacius Exposit. ad Nov. 53. et 136. Allein man sehe Schorch Disq. de militiis ex casu pag. 15. sqq.

zu anderen Zwecken Geld vorgeliehen haben, sich die militia des Schuldners haben zum Unterpfande verschreiben lassen, so sollen sie dadurch kein hypothekarisches Recht erhalten, sondern wenn der Verstorbene Kinder oder eine Gattin hinterlassen hat, so soll diesen ihr Recht an der von ihrem verstorbenen Vater oder Ehemann erkauften Bedienung verbleiben, welches, wie bereits oben bemerkt wurde, darin besteht, daß, wenn keines von den Kindern dieselbe zu übernehmen fähig ist, ihnen ein dritter Substitut die durch Uebereinkunft oder Gesetz bestimmte Summe Geld dafür bezahlen muß. Sie sollen sich jedoch deshalb an den Monarchen wenden, wenn sie diesen Vortheil und Vorzug genießen wollen; denn er soll ihnen nicht als väterliche Erbschaft, sondern aus allerhöchster Gnade zu Theil werden. Nur dann, wenn weder Kinder noch eine Frau, noch ein solcher Gläubiger vorhanden ist, der zur militia das Geld vorschoß, sollen auch andere Gläubiger ein gleiches Recht zu genießen haben.

Die Worte der *Nov. LIII. Cap.* 5. §. 1. lauten nach Hombergks Uebersetzung folgendermaßen: Quam ob rem sancimus, ut *militiae ex casu*, uti vocantur, non omnibus temere oppignorentur, *nisi creditor sit*, *qui ad hoc ipsum mutuum dedit*, *ut militia potiretur*. Reliquis enim creditoribus non temere hoc concedimus. Sed si defunctus liberos vel conjugem habeat, hos omni modo praeferimus, ita ut nos adeant eaque secundum jussionem nostram accipiant, non tanquam patris hereditatem (si quoad reliqua inops sit), sed tanquam Imperialem liberalitatem: ut et iis, qui bona relinquunt, et qui nihil habent, opem ut decet, fera-

mus. *Quod si illis nulli sint liberi, nec uxor, nec creditor, qui in militiam credidit, tunc et aliis creditoribus hoc concedimus.*

Nach dieser Novelle sollte nun zwar der Gläubiger, welcher zum Ankaufe der militia das Geld vorgeschossen hat, der Wittwe und den Kindern des Verstorbenen wegen der ihnen dafür zu bezahlenden Geldsumme vorgehen. Ob aber auch die Forderung dieses Gläubigers ein Vorzugsrecht vor dem Heirathsgute der Wittwe haben sollte, war hier noch nicht entschieden.

Hiervon handelt die oben angeführte *Nov. XCVII. Cap.* 4., wo es nach der Hombergkischen Uebersetzung heißt: Quoniam vero talem etiam ob causam interpellati sumus, quod quidam aliorum pecunia militent (d. h. daß Einige eine militia mit fremdem Gelde erkauft haben), eosque *qui in causas illas crediderunt*, praeponi oporteat, sancimus, *si quis revera in militiam, vel ut filius fiat statutus, vel ob alias similes causas, mutuam pecuniam dederit, atque expresse hoc ipsum in instrumento scriptum, et pactum ea de re conventum fuerit, ut casu existente ille sit potior, qui in illam rem credidit: ut in hac sola specie mulier cedat.* Um dieß verständlich zu machen, muß ich hier noch bemerken, daß fast in jeder Classe von Aemtern die Zahl der besoldeten Diener bestimmt war. Diejenigen, welche in diese Zahl aufgenommen waren, hießen *Statuti*, die aber, welche außer dieser Zahl auf den Fall einer in dem Collegium entstehenden Vacanz angenommen wurden, hießen *Supernumerarii*, auch *Substituti*, *Vacan-*

tes, *Vacantivi* und *Adscriptitii* [45]). Letztere führten nur den Amtstitel, hatten aber noch keine Emolumente. Diese erhielten sie erst dann, wenn sie in die Stelle abgegangener Statutorum einrückten und hiedurch erst eine ordentliche Bedienung bekamen. Sie nahmen aber auch diese Stelle nicht umsonst ein, sondern mußten für den Introitus [46]) eine gewisse Summe Geldes bezahlen, welche gesetzlich bestimmt und ein Emolument für die Mitglieder des Collegiums war [47].) Es mußten aber auch die

45) *L.* 23. *Cod. Theod. de Agentibus in rebus. L.* 15. *et* 17. *Cod. eiusd. de Palatinis sacrar. largit. L. ult. Cod. Iustin. de Iurisdict. L.* 7. *et* 11. *Cod. de proxim. sacror. scrinior. Iac.* Gothofredus in Comm. ad L. ult. Cod. Th. de Agentibus in rebus. T. II. pag. 183. et ad L. 15. C. Th. de palatinis sacr. largit. pag. 217., wo er sagt: Statuti dicebantur, qui iam officio suo intra scholam fungebantur, atque in actu iam positi et constituti. Supernumerarii vero seu vacantes vel adscriptitii, qui supra numerum statutum per singulas scholas dispersi, certoque numero deputati, decedentibus ex schola aliis, ordine subrogandi.

46) Dieses Introitus militiae geschieht in den Gesetzen sehr häufig Erwähnung. *L.* 102. §. 2. *et* 3. *D. de legat. III.* Auf diese Unkosten, die mit Uebernahme einer öffentlichen Bedienung verknüpft waren, beziehen sich auch *L.* 45. *pr. D. de negot. gest. L.* 1. §. 16. *D. de collat. L.* 36. *pr. D. de condit. et demonstr. L.* 6. §. 1. *D. de decurion. L.* 5. §. 17. *D. de donat. inter vir. et uxor. L. ult. D. de petit. hered.* S. Averanius Interpretat. iuris. Lib. II. cap. 17. ur. 16. et 17.

47) *L.* 7. *C. de proxim. sacror. scrinior.* Hier verordnen die Kaiser Theodos und Valentinian: Illum tamen, *qui*

Kinder des Verstorbenen, in dessen Stelle der bisherige Supernumerarius einrückte, oder der Gläubiger, der dem Verstorbenen zum Ankaufe der Stelle das Geld vorgeschossen hatte, befriedigt werden. Daher war auch hier der Fall nicht selten, daß man das zur Erhaltung der Stelle eines Statuti nöthige Geld aufnahm und diese Stelle zur Hypothek einsetzte. Dieß ist es, wenn Kaiser Anastasius *L.* 11. *Cod. de proximis sacrorum scriniorum* verordnet: Si quis in sacris nostris scriniis, id est, memoriae, dispositionum, epistolarum et libellorum, *statutis* iam connumeratus, ab hac luce fuerit subtractus: ab eo quicunque, utpote vacante loco de *substitutis* in *statutorum* consortio fuerit ultimus subrogatus, pro solatio, vel suffragio proximi, definitam sacraeque constitutioni divae memoriae THEODOSII et VALENTINIANI Principum insertam *quantitatem*, defuncti heredes et successores, vel liberi eius, seu *creditores*, *qui foenus cum mortuo pro statuti loco ei acquirendo contraxerint*, *consequantur:* ita scilicet, ut si hereditas, vel successio defuncti minime fuerit suscepta vel adita, tales personae, id est *creditores quidem contra caeteros praerogativa sibi servata*, liberi autem,

locum statuti meretur, proximo quidem *ducentos quinquaginta solidos*, mello proximo vero, vel adjutori pro consuetudine uniuscuiusque scrinii *viginti*, aut *quindecim solidos* offerre praecipimus. Quod si quis de *supernumerariis*, qui in *statuti* locum subire debuerat, *ne pecuniam offerat*, statuti etiam gradum recusare voluerit, sequenti tam offerendae quantitatis praedictae, quam subrogandi licentia permittatur.

vel agnati, seu cognati, non hereditatis, sed privilegii nomine simili modo huiusmodi summam percipiant: sibique petere ac vindicare permittantur.

Nach der *Nov. XCVII. Cap.* 4. sollte nun ein solcher Gläubiger, welcher zur Erlangung einer militia das Geld vorgeliehen hat und sich eine Hypothek darauf hat geben lassen, in Ansehung dieser militia und des beim künftigen Verkaufe daraus zu lösenden Geldes auch selbst der Wittwe des verstorbenen Schuldners wegen ihres eingebrachten und zurückgeforderten Heirathsgutes vorgehen, so privilegirt auch übrigens das Heirathsgut nach dem vorhergehenden Kap. 3. dieser Novelle ist[48]). Jedoch soll dem Gläubiger dieser Vorzug nur dann gebühren, 1) wenn ein förmliches Schulddocument darüber vorhanden ist, welches ausdrücklich besagt, daß das Geld zum Ankaufe der militia vorgeschossen, und dem Gläubiger deswegen eine Hypothek darauf gegeben worden sey, 2) der Gläubiger sich ein Vorzugsrecht ausdrücklich ausbedungen hat, auch Zeugen dasselbe unterschrieben haben. Cui tamen non temere, sagt Justinian, ne quidem propter testes, fides habeatur, sed si res in scriptis celebrata fuerit, *et testes subscripserint*, et revera gestum fuerit: tunc enim, *si his modis omnibus negotium gestum sit*, suspicionem non habet: et convenit, ut, qui ita contrahunt, rebus suis non priventur.

48) Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 18. findet den Grund darin, weil die Frau an der Ehre und Würde des Mannes Antheil nahm.

Ob von diesem privilegio hypothecae noch jetzt Gebrauch zu machen sey, ist eine Frage, worüber die Theoretiker und Practiker verschiedener Meinung sind. Die ersteren sind darin einverstanden, daß es solche Bedienungen heutzutage nicht mehr gebe, von denen das röm. Recht spricht [49]). Die letzteren hingegen wollen der Anwendung dieses privilegirten Pfandrechts auch noch bei uns statt geben [50]). Z. B. wenn Jemand zur Erlangung einer militärischen Stelle oder zur Erlangung eines Canonicats Geld creditirt hat. Gewöhnlich erfordert man zwar ein mit jährlichen Einkünften verbundenes Amt, allein Andere gehen so weit, daß sie dieses Privilegium dem Gläubiger auch dann gestattet wissen wollen, wenn er das Geld zur Erhaltung einer solchen Würde vorgeschossen hat, mit welcher keine Besoldung verbunden ist, z. E. zur Erlangung des Adels oder der

49) Huber Praelect. ad Pand. h. t. §. 10. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 18. Eisenhart Diss. cit. §. 26. et 27. Schorch cit. Disquisit. pag. 21. *Io. Christph.* Koch Diss. de pecunia ad emendum credita privilegiata et non privilegiata. *Giesae* 1772. §. 14. Hofacker Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1213. von Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 103. S. 365. der 5ten Aufl. Weber Versuche über das Civilrecht und dessen Anwendung. Nr. I. §. 3. S. 20. ff. und Kori Syst. des Concursprozesses Buch II. §. 16.

50) *de* Balthasar Collat. iur. de Classificat. creditor. p. 47. Hofmann deutsche Reichspraxis. 2. Th. §. 1280. Struv Synt. iur. civ. T. II. Exerc. XLIV. Th. 49. Ludovici Einleit. zum Concursprozeß. Kap. 10. §. 30.

Doctorwürde[51]). Die Meinung der ersteren verdient jedoch unstreitig den Vorzug. Denn mag es auch immerhin noch Aemter und Ehrenstellen geben, wofür derjenige, dem sie ertheilt werden, ein gewisses Geld erlegen muß, und die man auch wieder an Andere verhandeln oder resigniren kann, so sind sie doch nicht erblich[52]), sondern hören mit dem Tode des Inhabers auf, von welcher Art zum Beispiel die Canonicate sind. Privilgirt ist ferner

3) die Hypothek desjenigen, welcher zur Anschaffung einer Sache, es sey ein Grundstück oder Schiff oder eine andere bewegliche oder unbewegliche Sache, das Geld dargeliehen hat[53]). Die von diesem Privilegium sprechenden Stellen des röm. Rechts sind folgende:

51) Brunnemann Proc. concurs. creditor. Cap. V. §. 26. Hertius Respons. Resp. LXXXVII. nr. 8. Hahn ad Wesenbec. L. XLII. Tit. 6. §. 44. *Ge.* Beyer Delineat. iur. civ. sec. Pand. Lib. XLII. Tit. 6. Posit. 23.

52) In *L.* 30. §. 2. *C. de inoff. test.* und *L. ult. Cod. de pignor.* scheinen zwar käufliche und erbliche militiae unterschieden zu werden. Allein der Sinn der Worte: Militia, quae vendi, *vel* ad heredes transmitti potest, geht nur dahin, daß solche Chargen, welche verkauft werden können, auch wenn sie beim Leben nicht verkauft worden sind, auf die Erben des Inhabers übergehen. S. Averanius Interpretat. iuris Lib. II. cap. 17. nr. 20.

53) S. Frick Diss. de iuribus illius, qui ad emendum credidit. *Helmst.* 1771. *Io. Christph.* Koch Diss. de pecunia ad emendum credita privilegiata et non privilegiata. *Giesae* 1772. *Benj. Frid.* Pfitzer Diss. de pignore privilegiato, quod mutuando ad rem comparandam acquiritur. *Stuttgardiae* 1792. von Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 105.

L. 7. Cod. Qui potiores in pignore. Impp. DIOCLET. et MAXIM. AA. CC. *Iuliano.* Licet iisdem pignoribus multis creditoribus diversis temporibus datis priores habeantur potiores, tamen eum, *cuius pecunia praedium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter obligatum statim convenit*, omnibus anteferri, iuris auctoritate declaratur.

Nov. XCVII. Cap. 3. Scimus quasdam hypothecas, etsi posteriores, ex privilegiis a legibus illis concessis praeponi antiquioribus creditoribus: veluti quando quis *pecunia sua navem* fabricaverit, vel *eam emi*, fabricari, aut reparari, vel domum forte aedificari, vel *agrum aut aliud quid emi curaverit.* In his enim omnibus posteriores creditores, *quorum pecuniis res acquisitae* vel renovatae sunt, potiores sunt iis, qui multo sunt antiquiores.

Nach diesen Gesetzen wird also, wenn dieses privilegium hypothecae statt haben soll, erfordert, 1) daß sich der Gläubiger auf der Sache, zu deren Anschaffung er das Geld geliehen hat, ein besonderes Pfandrecht ausbedungen habe. Die Bestellung einer allgemeinen Hypothek ist nicht hinreichend[54]).

54) So lehren *Ant.* FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. VIII. cap. 11. KOCH cit. Diss. §. 13. Dabelow vom Concurse der Gläubiger S. 230. von Gmelin a. a. O. S. 392. Anderer Meinung sind zwar Cujaz in Recitat. ad L. 7. Cod. Qui potior. in pign. *Pet.* MÜLLER Diss. de re pecunia aliorum comparata. §. 14. und Westphal im Pfandrecht §. 158. Not. 177. §. 232. Man sehe aber KOCH cit. Diss. §. 13. Not. 5.

2) Die Verpfändung muß gleich bei der Darleihung des Geldes geschehen seyn, ehe noch das Eigenthum der Sache auf den Schuldner überging. Ob dieß geschah, ehe noch der Kauf geschlossen, oder ehe noch die Sache dem Käufer übergeben war, ist gleichviel. Die Verpfändung kann zuweilen auch sogar noch nach der Uebergabe mit gleicher Wirkung geschehen, nämlich in einem solchen Falle, wo durch die Uebergabe das Eigenthum auf den Käufer nicht übertragen wurde, z. B. weil ihm die Sache nicht auf Credit verkauft worden; genug, wenn nur die Hypothek haftete, ehe die Sache wirkliches Eigenthum des Schuldners ward [55]). Franz Connanus [56]) hat sich darüber eben so bestimmt, als richtig erklärt, wenn er sagt: *Statim* autem dicit (L. cit. 7.), id est, quum datur pecunia. Nam tunc ea pignoris constitutio facit, ut res nummis illis postea quaesita, cum sua causa transeat ad emtorem eundem et debitorem: quae est, ut sit obligata ei, qui pretium emtionis dedit. Sic iste praevertit causas pignoris omnium aliorum etiam antecedentium creditorum, quibus res prius, quam esset in bonis de-

55) Wenn man gewöhnlich sagt, die Verpfändung müsse vor der Uebergabe geschehen, s. Voet Comm. h. t. §. 20. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. T. II. §. 1209. Koch cit. Diss. §. 13. Gesterding Pfandrecht S. 236., so ist das nur von dem gewöhnlichen Falle zu verstehen, wo durch die Uebergabe das Eigenthum erworben wird. Man sehe *Io. a* Sande Decision. aur. Lib III. Tit. 12. Def. 6. in fin. und Westphal Pfandrecht §. 158. Not. 177. a. E. S. 232.

56) Commentarior. iuris civ. Lib. IV. Cap. 17. fol. 316. b.

bitoris, non potuit teneri, quum autem incipit eius esse, tum suam conditionem retinet, quae est, ut ei oppignerata sit, qui in eam comparandam mutuavit. Man pflegt daher auch gewöhnlich den Grund des Privilegiums darin zu suchen, daß der Käufer die Sache nicht anders, als mit der darauf haftenden Pfandbeschwerde erworben habe, mithin andere Gläubiger des Gemeinschuldners jenem Darleiher nicht mehr haben zuvorkommen können, sondern er vielmehr ihnen zuvorgekommen ist [57]), obwohl in dem Gesetz selbst ein viel näher liegender Grund angegeben wird *). Der Vortheil nämlich, welcher der Vermögens-Masse des Schuldners mit einem solchen Anlehen verschafft wurde, ist es, worauf sich der Gläubiger berufen kann, mit dessen Geld die Sache erworben worden ist.

Endlich 3) muß daß Geld nicht nur zur Anschaffung der Sache ausdrücklich dargeliehen, sondern auch die Verwendung zu diesem Zwecke wirklich erfolgt seyn. Wäre daher das Geld ohne einen bestimmten Zweck oder zu einem anderen Zwecke geliehen worden, gesetzt auch, daß es der Schuldner zum Ankaufe eines Grundstücks verwendet hätte, oder hätte der Gläubiger das Geld zwar zu diesem Zwecke geliehen, es wäre aber dazu nicht verwendet worden, so würde der Gläubiger das gesetzliche Privilegium der Hypothek nicht ansprechen können [58]).

57) S. Gmelin Ordn. der Gläubiger §. 105. S. 388.

*) *Nov.* 97. *cap.* 3.

58) S. von Gmelin Ordn. der Gläubiger §. 105. S. 392. Dabelow Lehre vom Concurse der Gläubiger S. 230. Schweppe System des Concurses der Gläubiger §. 70.

Viele[59]) wollen auch noch 4) zur Begründung dieses Privilegiums erfordern, daß die Sache, zu deren Anschaffung das Geld geliehen wurde, ein Grundstück oder ein Schiff sey. Auf andere bewegliche Sachen, außer dem Ankaufe eines Schiffes, dürfe es nicht ausgedehnt werden. Denn die angeführten Gesetze sprächen ausdrücklich nur von praedium, ager, *aut aliquid horum*. Allein offenbar werden hier nur Beispiele angeführt, wie die Worte: *ἤ τι τῶν ἄλλων* in der *Nov. XCVII.* cap. 3., welche Hombergk richtiger *aut aliud quid* übersetzt hat, ganz deutlich zu erkennen geben. Dieses aliud quid kann nun aber eben so gut eine bewegliche als eine unbewegliche Sache seyn, weil sich kein Grund absehen läßt, warum es gerade nur bei unbeweglichen Sachen und Schiffen so seyn sollte. Der Fall, daß zum Ankaufe und zur Ausrüstung der Schiffe Geld gegen Hypothek dargeliehen wurde, mag wohl freilich häufiger gewesen seyn, als beim Ankaufe anderer beweglicher Sachen; allein in der Natur der Sachen dieser Art ist kein Grund vorhanden, weswegen hier dem Gläubiger, mit dessen Geld sie angeschafft wurden, wenn er sich deshalb eine Hypothek darauf hat bestellen lassen, das gesetzliche Privilegium derselben zu versagen wäre. Bei den Argentarien, welche sich hierin von anderen Gläubigern nur dadurch unterscheiden, daß ihnen die Sache, zu deren Ankauf sie das Geld vor-

59) Koch Diss. cit. §. 13. pag. 24. Dabelow a. a. O. Malblanc Princip. iur. Rom. P. III. §. 576. nr. VI. Pfitzer cit. Diss. §. 14. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 2. Band §. 2051. Thibaut System des Pandectenrechts 2. B. §. 657. a. E. u. a.

geschossen haben, wenn sie von dem Schuldner keine Bezahlung erhalten, auf ihr Verlangen eigenthümlich zuerkannt werden soll[60]), wofern sie sich nur in der Schuldverschreibung eine Hypothek vorbehalten haben, wird auch in der davon sprechenden *Nov. CXXXVI. cap.* 3. der beweglichen Sachen ausdrücklich gedacht. Hiezu kommt endlich noch, daß auch der im Gesetz angeführte Grund: *quia ex ipsorum substantia res acquisita est*, allen Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen ausschließt. Daher machen auch die Rechtsgelehrten, welche von dieser privilegirten Hypothek sprechen, gewöhnlich keinen Unterschied in Ansehung des Gegenstandes[61]).

60) Illud quoque, sagt Justinian in der *Nov. CXXXVI. cap.* 3., non alienum a ratione dicere visi sunt (Argentarii), si cuidam ad res quasdam *mobiles* vel immobiles emendas pecuniam credant, vel antea crediderint, et pecunia illa credita res acquisita sit: ut ipsi potius ius in re illa habeant, nec damnum aliquod patiantur: *sed si probent, pecuniis suis comparatum quid esse, neque illis debitores pecunia satisfacere possint, res pecunia illorum emta illis addicatur, quasi revera ab illis emta, nuda vero emtoris appellatio illi imposita esset.* Neque enim iustum est, eos, qui sua expendunt, primum et indubitatum locum in rebus emtis non habere, *si modo in scriptis contractibus hypothecae mentio facta fuerit.* Nam si hoc observaverint, omne id consequentur, quod nos rogarunt, immo etiam plus, quam petierunt, *siquidem potiora ipsis iura prae omnibus damus in iis rebus, quae ex illorum pecunia emtae probantur.*

61) Man sehe nur Cujacius Recitat. ad L. 7. C. h. t. Donellus Comm. de pignoribus. Cap. 14. Verb. *Quo in numero.* Erxleben Princip. de iure pignorum. §. 236.

Eben so wenig ist es auch 5) nöthig, daß das Geld gerade zur Erkaufung einer Sache vorgeschossen worden seyn müsse. Denn in der *L. 7. Cod. h. t.* wird ganz allgemein gesagt: **cuius pecunia praedium** ***comparatum*** **probatur,** und in der **Nov. 97. cap. 3.** heißt es ganz bestimmt: **ut in illis rebus pecunia sua** ***emtis*** **vel** ***acquisitis.*** Das Geld mag also auch zu irgend einem andern Erwerbe des Eigenthums einer Sache, außer dem Kaufe, angelehnt worden seyn, so wird das Pfandrecht, welches sich der Gläubiger daran hat bestellen lassen, ein privilegirtes seyn. Z. B. es ist Einem ein Grundstück oder sonst eine Sache unter der Bedingung vermacht worden, einem Dritten eine gewisse Summe an Geld zu bezahlen. Um diese Bedingung erfüllen zu können, nimmt der Legatar das Geld dazu auf, und gibt dem Gläubiger daran ein Pfandrecht. Daß dieses ein privilegirtes Pfandrecht sey, ist keinem Zweifel unterworfen[62]). Es versteht sich übrigens, daß die angegebenen Erfordernisse dieses privilegirten Pfandrechts vom Gläubiger erwiesen werden müssen[63]). Zum Beweise mag dann der Kaufbrief dienen, oder auch der Schuldschein, noch sicherer aber die Quittung des Verkäufers, welchem der Gläubiger im Namen des Käufers das diesem zu dem Ankaufe der Sache

Hofacker Princip. iur. civ. §. 1209. Gesterding Lehre vom Pfandrecht §. 31. besonders von Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 105. S. 391.

62) S. Pfitzer Diss. cit. de pignore privilegiato §. 20.

63) *L. 7. Cod. Qui pot. in pign. Nov. CXXXVI. cap.* 3. Pfitzer cit. Diss. §. 16.

geliehene Geld bezahlt hat[64]). Man pflegt es auch schon für hinreichend zu halten, wenn der Gläubiger darthut, daß gleich nach dem Darlehen die Sache gekauft worden sey[65]). Das Privilegium des beregten Pfandrechts beschränkt sich jedoch immer nur auf die besonders verpfändete Sache, wenn auch ein allgemeines Pfandrecht damit verbunden worden wäre[66]). Es erlischt daher mit dem Untergange der Sache, jedoch dauert es bei einem abgebrannten Hause noch auf dem Boden fort, und haftet auch auf dem neuen auf diesem Platze erbauten Hause[67]).

4) Das Pfandrecht, welches sich diejenigen Gläubiger, die zur Erhaltung oder Herstellung anderer Sachen, als fester Gebäude, insonderheit auch zur Ausrüstung und Ausbesserung eines Schiffes, oder auch zum Unterhalt des Schiffsvolks (in cibaria nautarum, sine quibus navis salva pervenire non poterat), desgleichen zur Erbauung eines Hauses an einem Orte, wo vorher noch keines gestanden war, oder auch zur Erbauung eines Schiffes creditirt haben, an solchen Sachen haben bestellen lassen[68]). Denn ihrem Gelde haben es die übrigen

64) S. von Gmelin Ordn. der Gläub. §. 105. S. 398.

65) Pfitzer cit. Diss. §. 16.

66) Gmelin a. a. O. S. 399.

67) *L.* 21. *D. de pignerat. act.* *L.* 29. §. 2. *D. de pignorib.* von Gmelin a. a. O.

68) *L.* 5. *et* 6. *pr. et* §. 1. *D. h. t. Nov. XCVII. cap.* 3. von Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 106. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. T. II. §. 1210., besonders Heinr. Ernst Ferd. Boley Betrachtungen über verschied. Rechtsmaterien (Stuttgart 1800.) Nr. II. S. 72. ff. Man sehe auch den § 1087. b. S. 39. ff.

Gläubiger zu verdanken, daß die Sache in der Vermögens-Masse des Schuldners existirt, oder daß sie in dem Zustande existirt, in welchem sie sich gegenwärtig befindet. Es ist also billig, daß dieses Pfandrecht vor den übrigen Gläubigern einen Vorzug habe.

5) Dasselbe privilegirte Pfandrecht, welches dem Anleiher zur Anschaffung einer Sache zusteht, wird gewöhnlich auch dem Verkäufer zugeschrieben, welcher eine Sache auf Credit verkauft, und sich an derselben bis zur gänzlichen Bezahlung des Kaufgeldes ein Pfandrecht vor der Uebergabe oder bei derselben vorbehalten hat [69]). Man sagt, es sey juristisch einerlei, ob jemand das Geld zum Ankaufe einer Sache leiht oder das Kaufgeld creditirt [70]). Nach dem Gerichtsgebrauche ist das Privilegium

69) *Io. Nic.* HERTIUS Diss. de reservatione dominii vel hypothecae in re vendita. Sect. II. §. 11. (*Commentation. et Opuscular.* Vol. II. Tom. III. pag. 174.) MYLIUS Diss. de reservatione hypothecae a venditore facta in securitatem pretii residui. *Halae* 1704. *Io. Nepom.* ENDRES Diss. de privilegio hypothecae iudicialis a venditore in re vendita reservatae moto concursu. *Wirceb.* 1774. GOESSEL Diss. de vi reservati dominii et hypothecae in re vendita, moto concursu creditorum sese in primis exserente. *Cellae* 1793. HOFACKER Princip. iuris civ. T. II. §. 1210. Nr. IV. von Gmelin Ordnung der Gläubiger. §. 105. S. 389. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. III. §. 576. Nr. VII. GÜNTHER Princip. iur. R. priv. noviss. T. II. §. 688. Thibaut System des Pandectenrechts. 2. B. §. 642. S. 80. u. a. m.

70) Argum. *L.* 34. *D. de rebus auctor. iud. possid.* S. Thibaut civilistische Abhandlungen Nr. XIII. S. 317. und

dieser Hypothek keinem Zweifel unterworfen[71]). Ja die Praxis räumt einem solchen Gläubiger sogar ein Separationsrecht ein[72]), welches mehrere Rechtsgelehrte[73]) auch in der Theorie gegründet finden wollen. Sie sagen, durch die Reservation des Pfandrechts belaste der Verkäufer die Sache dergestalt, daß sie gleich cum suo onere auf den Käufer übergehe, diesem also ganz die Macht benommen sey, das ius quaesitum des Verkäufers nachher zu schmälern. Es stecke auch unter einer reservatio hypothecae im Grunde immer eine reservatio dominii. Denn unter Vorbehalt der Hypothek werde figürlich nichts anderes, als Vorbehalt des Eigenthums verstanden. Allein alle diese Gründe sind offenbar nichtig. Der Ver-

Aug. Wilh. Lud. WEBER Diss. de pecunia hereditaria in concursu creditorum e iure pretii residui rei venditae aestimanda. Accedunt observationes nonnullae de dominii et hypothecae reservatione. *Gött.* 1816. Cap. II. §. 7.

71) Alle in der Not. 69. angeführten Rechtsgelehrten berufen sich auf den usus fori.

72) MEVIUS P. VI. Decis. 193. BRUNNEMANN Processus concursus creditor. Cap. V. §. 13. MÜLLER ad *Struvium* Exerc. XLIV. Th. 49. Ludovici Concursprozeß. Hptst. XI. §. 5. und PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. 212.

73) *Io. Frid.* WAHL Diss. de validitate et effectu reservationis dominii et hypothecae in securitatem residui pretii. *Gött.* 1753. §. 44. Jo. Lud. Schmidt rechtliche Abhandlung von Separatisten 2. Th. §. 36. Dabelow Lehre vom Concurse der Gläubiger S. 351. f. Franz Joseph Hartleben vollständige Anzeigen u. unparth. Beurtheilung der neuesten juristischen Literatur für das Jahr 1784. 2. Th. S. 553. f. u. a.

käufer, der sich eine Hypothek vorbehält, kann, so lange er selbst noch Eigenthümer ist, kein Pfandrecht auf seiner eigenen Sache haben. Die Hypothek kann also erst entstehen, wenn er die verkaufte Sache dem Käufer übergeben, und dadurch denselben zum Eigenthümer gemacht hat[74]). Nimmt nun das Pfandrecht erst bei dem neuen Eigenthümer seinen Anfang, so kann man ja nicht sagen, daß die verkaufte Sache cum hoc onere auf den Käufer übergegangen sey. Ulpian[75]) leitet daraus die wichtige Folge ab, daß, wenn ein Minderjähriger ohne Zustimmung der Obrigkeit ein Grundstück kauft, woran sich der Verkäufer bis zur Bezahlung des Kaufgeldes ein Pfandrecht vorbehält, dieses Pfandrecht nicht gelte. Denn die Hypothek nimmt erst ihren Anfang, wenn die Sache Eigenthum des Minderjährigen geworden ist; aber nun konnte auch der Minderjährige für sich dem Verkäufer kein Pfandrecht bewilligen, — zum offenbaren Beweise, daß bei dem Vorbehalt einer Hypothek der Verkäufer das Pfandrecht nicht von sich selbst, sondern erst von dem Käufer erwerbe[76]). Paulus[77]) führt zwar als Zwei-

74) Schweppe röm. Privatrecht. 1. B. §. 237. Nr. 3.

75) *L.* 1. §. *ult. D. de rebus eorum, qui sub tut. vel cura sunt.* Si minor viginti quinque annis emit praedia, *ut quoad pretium solveret, essent pignori obligata venditori:* non puto pignus valere. Nam *ubi dominium quaestitum est minori, coepit non posse obligari.*

76) Dieß gibt auch Thibaut in den angef. civilist. Abhandlungen S. 319. selbst zu.

77) *L.* 2. *D. eodem.* Sed hic videtur illud movere, quod cum domino pignus quaesitum est, et ab initio obligatio inhaesit. Quod si a fisco emerit, nec dubitatio est,

felsgrund an, daß vielleicht das Eigenthum cum onere hypothecae von dem Käufer erworben werde. Allein er verwirft diesen Grund, und läßt ihn blos beim Fiskus gelten. Nur wenn der Fiskus sich beim Verkaufe einer Sache ein Pfandrecht vorbehält, so ist das Pfandrecht gleich von dem Augenblicke der Bestellung an giltig, oder ist wenigstens auf diesen Zeitpunkt zurückzurechnen. Es beruht diese Ausnahme auf dem schon oben vorgekommenen Satze, daß das Pfandrecht des Fiskus an rebus futuris sogleich mit dem Zeitpunkte der Bestellung desselben beginnt. Hiedurch klärt sich denn aufs Neue der von Ulpian in der *L.28. D. de iure fisci* angeführte Grund auf: *praevenit enim causam pignoris fiscus*, aus welchem dem Fiskus der Vorzug vor Privatgläubigern in Ansehung der nach dem Contract erworbenen Güter des Schuldners eingeräumt wird [78]). So nichtig also der Grund des Uebergangs cum onere hypothecae bei Privatgläubigern ist, so lächerlich ist die Behauptung, daß durch die reservatio hypothecae nichts Anderes als eine reservatio dominii angedeutet werde. Denn daß beide Verträge in ihren Wirkungen von einander ganz verschieden sind, ist schon an einem andern Orte [79]) gezeigt worden. An jenem Orte [80]) habe ich zwar auch zu

quin ius pignoris salvum sit. Sit igitur talis species in privato venditore inciderit. Imperiali beneficio opus est, ut ex Rescripto pignus confirmetur.

78) Man sehe hier Gesterding Lehre vom Pfandrecht §. 31. S. 234. Not. 21. und diesen Theil des Commentars S. 260.

79) S. den 16. Th. dieses Commentars §. 1000. S. 229. ff.

80) §. 1000. S. 206. f.

zeigen versucht, wie sich die Meinung der Praxis vielleicht auch aus Gründen der Theorie rechtfertigen lassen möchte; allein ich sehe lebhaft ein, daß diese Gründe nicht haltbar sind.

§. 1095.

Zeitverhältnisse bei Pfändern. Bestimmung der Priorität in Rücksicht der Zeit.

Wenn Pfandrechte verschiedener Gläubiger concurriren, welche an sich mit keinem besonderen Vorzugsrechte versehen sind, oder wo dieses wenigstens im vorkommenden Falle nicht entscheidet, weil die concurrirenden Gläubiger ein gleiches Vorzugsrecht genießen, so lassen sich zwei Fälle denken.

I. Die Pfandrechte der mehreren Gläubiger sind zu gleicher Zeit constituirt[81]). Hier sind folgende Fälle zu unterscheiden:

1) Jedem derselben ist die Sache ganz und *in solidum* verpfändet. Hier kann jeder dieser Pfandgläubiger zwar gegen den dritten Besitzer auf Abtretung der ganzen Sache klagen. Allein im Verhältniß zu einander hat der Besitzer, sonst keiner derselben einen Vorzug. Daher kann Keiner gegen den Andern weder mit der hypothekarischen Klage noch mit dem Salvianischen Interdict etwas ausrichten, weil in diesem Falle immer der Besitz entscheidet. So lehrt Ulpian *in libro LXXIII. ad Edictum*, woraus die *L.* 10. *D. de pignoribus* genommen ist, aus welcher

81) S. *Emund.* Merillius Observation. Lib. II. cap. 29. Hofacker Princip. iuris civ. T. II. §. 1205. Gesterding Pfandrecht §. 30. S. 212. Westphal Pfandrecht §. 153.

folgende Worte hieher gehören: Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit, *ita ut utrique in solidum obligatae essent*: singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur; inter ipsos autem si quaestio moveatur, *possidentis* meliorem esse conditionem. Dabitur enim possidenti haec exceptio, *si non convenit*, *ut eadem res mihi quoque pignori esset*. Ehe also der Besitzer befriedigt ist, braucht er das Pfand dem andern Mitgläubiger nicht abzutreten[82]).

2) Die Sache ist jedem ausdrücklich nur zu einem gewissen Theile (*pro partibus*) verpfändet. Hier bedient sich Jeder seines Rechts in Ansehung des ihm angewiesenen Theils, und eine Collision ist hier nicht denkbar. Daher kann in diesem Falle der eine Gläubiger selbst von dem andern Mitgläubiger, der sich im Besitze befindet, zwar nicht mit dem Salvianischen Interdict, weil bei diesem immer der Besitz entscheidet, wohl aber mit der hypothekarischen Klage die Abtretung der Sache auf seinen Antheil verlangen[83]). Hieher gehört der andere Theil der angeführten *L*. 10. *D*. *de pignorib*., wo Ulpian sagt: Si autem id actum fuerit, *ut pro partibus res obligarentur*, utilem actionem competere, et inter ipsos, et adversus extraneos:

82) Pufendorf Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 114.

83) Ohne Grund leugnet diesen Unterschied Westphal im Pfandrecht § 153. Not. 174. S. 225. Allein man sehe *Iac.* Cujacius Observat. Lib. V. cap. 24. in fin. *Em.* Merillius Observation. Lib. II. cap. 29. und Schweppe röm. Privatrecht. 1. Band §. 315.

per quam dimidiam partis possessionem apprehendant singuli. Eben dieser Ulpian bestärkt auch den angegebenen Unterschied zwischen der actio Serviana und dem Interdictum Salvianum, wenn er *L.* 2. *XLIII.* 33. *D. de Salviano Interdicto* sagt: In Salviano Inderdicto si in fundum communem duorum pignora sint ab aliquo invecta: possessor vincet: et erit eis descendendum ad Servianum iudicium. Ich verbinde damit die Erklärung des Cujaz[84]), welcher sich über diesen Unterschied folgendermaßen äußert: Igitur si duobus res sit obligata *pro partibus*, actione Serviana inter ipsos reddita, dimidia pars possessionis avocabitur, sed non (ut hanc persecutus speciem, ULPIANUS scripsit in d. *L. ult.*) interdicto Salviano, quoniam in Interdicto Salviano de solida possesssione agitur, non quaesito partium iure, cuius cum sit par causa, vincere possesor debet. In Serviana de iure quaeritur. Ius autem pignoris singulis pro parte competit. Hoc igitur iure probato, possessionis pars demidia avocabitur. Sic fit ut, qui vincit in Salviano, non vincat in Serviana.

3) Den mehreren Gläubigern ist die Sache schlechthin verpfändet, ohne daß bestimmt ist, weder daß Jedem die Sache in solidum, noch daß sie Jedem pro parte zum Unterpfande dienen solle. In diesem Falle wird eine Gemeinschaft des Pfandrechts angenommen, und es ist daher nach den Regeln derselben so anzusehen, als sey Jedem die Sache nach dem Verhältniß der

84) a. a. O.

Größe seiner Forderung verpfändet worden, und zwar wird diese Größe nicht darnach geschätzt, wie sie vielleicht zur Zeit der angestellten Klage noch beschaffen ist, sondern wie sie Anfangs zur Zeit der Verpfändung beschaffen war[85]). So lehrt Marcian libro singulari ad formulam hypothecariam, woraus *L.* 16. §. 8. *D. de pignoribus* entlehnt ist, dessen hieher gehörigen Worte folgendermaßen lauten: Si duo pariter de hypotheca paciscantur, in quantum quisque obligatam hypothecam habeat, utrum pro quantitate debiti, an pro partibus dimidiis, quaeritur. *Et magis est, ut pro quantitate debiti pignus habeant obligatum.* Es kann daher auch hier Jeder derselben den Besitzer der Hypothek nur zu seinem Antheile belangen, wofern nicht ein Anderes ausbedungen oder einem Jeden die Sache besonders verpfändet worden ist, wie eben dieser Marcian bemerkt: Sed uterque, si cum possessore agat, quemadmodum? utrum de parte quisque, an de toto, quasi utrique in solidum res obligata sit? Quod erit dicendum, si eodem die pignus utrique datum est *separatim*: sed si *simul* illi et illi, *si hoc actum est*, uterque recte *in solidum* aget; *si minus, unusquisque pro parte*[86]).

85) S. Pufendorf Observat. iur. univ. T. IV. Obs. 114.

86) *Ant.* Faber de erroribus Pragmaticor. et Interpret. iuris. Decad. XXI. Err. 9. hält dieses ganze Fragment für ein Emblem des Tribonian, und die hier aufgeworfene Frage für so inept, als deren Entscheidung. Vernünftiger sey der Ausspruch des Paulus *L.* 20. §. 1. *D. de pign. act.* Allein

II. Dieselbe Sache ist mehreren Gläubigern zu verschiedenen Zeiten verpfändet worden. Hier entscheidet das Alter der Hypotheken, nach der bereits oben[87]) erklärten Regel: prior tempore est potior iure. Dasjenige Pfandrecht geht daher dem andern vor, welches der Zeit nach, sey es auch nur um einen Augenblick, früher entstand. Wie dieser Vorzug der Zeit zu berechnen sey, ist zwar schon oben[88]) im Allgemeinen bestimmt worden. Es ist jedoch hier noch besonders von dem Zeitpunkte des Anfangs eines Pfandrechts nach der Verschiedenheit der Art desselben zu handeln.

I. Das Conventionalpfandrecht fängt von der Zeit an, wo nicht nur die Verpfändung wirklich geschehen, sondern auch die Forderung auf eine von der Willkühr des Schuldners nicht mehr abhängende Weise begründet ist[89]). Hieraus folgt

wenn Paulus sagt: Si pluribus res simul pignori datur, aequalis omnium causa est, so heißt dieß nicht, wie Faber meint, rem unicuique pro *virili parte* obligatam intelligi, sondern keiner der Gläubiger hat einen Vorzug vor dem andern. Es ist daher gar kein Grund vorhanden, hier ein Emblem anzunehmen. S. Westphals Pfandrecht §. 153. Not. 174. S. 222. und *Frid.* Platner ad Marcianum de formula hypothecaria Exerc. II. *Lipsiae* 1759. pag. 42.

87) S. §. 1093. S. 229. ff.

88) S. §. 1093. S. 229. ff.

89) *L.* 1. *L.* 9. *L.* 11. *pr.* *L.* 12. §. 2. *D. h. t.* *L.* 4. *D. Quae res pignori.* *Ios.* Averanius Interpretat. iuris Lib. II. Cap. 12. nr. 6 — 12. *Hartm.* Pistoris Quaest. iuris. P. III. Qu. 14. Pufendorf Observat. iuris univ. T. II. Obs. 168 Hofacker Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1206., besonders Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 28 — 30.

1) daß ein Pfandrecht, welches für eine unbedingte Schuld unbedingt bestellt wurde, mit dem Augenblicke seiner Bestellung seinen Anfang nimmt. Hat daher Jemand zuerst ohne Hypothek, dann ein Anderer mit einer Hypothek creditirt, und Jener sich in der Folge auf eben derselben Sache eine Hypothek geben lassen, so geht in Ansehung dieser Hypothek der zweite Gläubiger dem ersten vor[90]. Einer unbedingten Schuld wird diejenige gleichgeachtet, zu deren Erfüllung ein bestimmter Termin (dies certus) gesetzt worden ist. Bei einer solchen Schuld kommt es nicht auf den Eintritt des Termins an. Ist daher eine Sache für eine solche Schuld, und nachher eben dieselbe Sache für eine andere Schuld verpfändet worden, so geht das Pfandrecht für jene Schuld vor, wenn gleich die Verpfändung für die zweite Schuld noch vor dem Erfüllungstermine der ersten Schuld geschehen ist[91]). Denn hier ist ebenfalls das Pfandrecht, wie bei einer unbedingten Schuld, von dem Augenblicke der Verpfändung an zu rechnen, weil nun der Schuldner die Hypothek, die er einmal ertheilt hat, wider Willen des Gläubigers nicht wieder aufheben kann[92]), Z. B.

90) *L.* 2. *L.* 12. §. 2. *D. h. t.* In der letztern Stelle heißt es: Si primus, qui sine hypotheca credidit, post secundum, qui utrumque fecit, ipse hypothecam accepit, sine dubio posterior in hypotheca est.

91) *L.* 12. §. 2. *in fin. D. eod.* Unde si in diem de hypotheca convenit, dubium non est, quin potior sit: licet ante diem cum alio creditore pure de eadem re convenit.

92) *L.* 9. *pr. D. eodem.* Qui balneum ex Calendis proximis conduxerat, pactus erat, ut homo Eros pignori lo-

Wenn Jemand eine Wohnung auf das nächste Ziel gemiethet, und zugleich für das Miethgeld eine gewisse Sache zum voraus verpfändet hat, so wird der Anfang dieses Pfandrechts nicht erst von der Zeit an, wo das Miethgeld fällig wird, sondern schon von Zeit der geschehenen Bestellung desselben an gerechnet. Der Vermiether geht daher dem spätern Gläubiger vor, dem der Schuldner für eine unbedingte gleich gegenwärtige Schuld ein Pfandrecht bestellt hat. Denn es hing nicht mehr vom Schuldner ab, von jenem Contracte abzugehen.

2) Ist für eine unbedingte Schuld ein Pfandrecht unter einer Bedingung bestellt worden, so kommt solches nicht eher zur Wirklichkeit, als bis die Bedingung eingetreten ist[93]). Dann aber ist es auf die Zeit des einge-

catori esset, donec mercedes solverentur. Idem ante Calendas Iulias eundem Erotem alii ob pecuniam creditam pignori dedit. Consultus, an adversus hunc creditorem petentem Erotem, locatorem Praetor tueri deberet? Respondit debere. Licet enim eo tempore homo pignori datus esset, quo nondum quicquam pro conductione deberetur, *quoniam tamen iam tunc in ea causa Eros esse coepisset, ut invito locatore ius pignoris in eo solvi non posset*, potiorem eius causam habendam.

93) *L.* 13. §. 5. *D. de pignorib.* Sed si praesens sit debitum, hypotheca vero sub conditione, et agatur ante conditionem hypothecaria, verum quidem est, pecuniam solutam non esse, sed auferri hypothecam iniquum est: ideoque arbitrio iudicis cautiones interponendae sunt, si conditio exstiterit, nec pecunia solvatur, restitui hypothecam, si in rerum natura sit. S. Westphals Pfandrecht. §. 269. Not. 299.

gangenen Pfandvertrags zurückzurechnen. Nur wenn es von dem Schuldner selbst abhing, ob er die Bedingung der Verpfändung eintreten lassen wollte oder nicht, beginnt das Pfandrecht erst mit dem Augenblicke, wo die Bedingung zur Wirklichkeit kommt. Z. B. wenn der Pächter dem Verpächter ein Pfandrecht an den Sachen constituirt, die er in das Pachtgut einbringen würde, so nimmt das Pfandrecht erst mit Einbringung dieser Sachen seinen Anfang [94]).

3) Ist für eine bedingte Schuld ein Pfandrecht bestellt worden, so kommt es darauf an, ob die Erfüllung derselben von der Willkühr des Schuldners abhängt oder nicht; in dem ersteren Falle tritt das Pfandrecht erst von der Zeit an in seine Wirkuug, wo die Bedingung existirt. Hat also ein Dritter vor erfüllter Bedingung mit dem Schuldner contrahirt, und ein Pfandrecht erhalten, so geht dieser dem Gläubiger vor, der unter jener Bedingung zuvor contrahirt hatte. Z. B. es hat Jemand auf den Fall, daß er von einem Andern Geld entlehnen würde, diesem zum voraus Sachen verpfändet; hier fängt das Pfandrecht erst mit der wirklichen Eingehung des Darlehens, nicht von der Zeit der zum voraus geschehenen Verpfändung an, weil es lediglich von der Willkühr des

94) *L.* 11. §. 2. *D. h. t.* Si colonus convenit, *ut inducta in fundum, illata, ibi nata, pignori essent,* et antequam inducat, alii rem hypothecae nomine obligaverit, tunc deinde eam in fundum induxerit, potior erit, qui specialiter pure accepit: quia non ex conventione priori obligatur, sed ex eo, quod inducta res est: quod posterius factum est. Hofacker Princip. iur. civ. §. 1206.

Schuldners abhing, ob er das Geld noch annehmen wollte oder nicht, folglich die Bedingung ohne seinen freien Willen nicht in Erfüllung gehen konnte [95]). Hätte also der Schuldner noch vor Erhebung des Darlehens einen Theil seiner Güter verkauft, oder solche für eine andere gegenwärtige Forderung einem Andern von Neuem verpfändet, so würden in dem ersteren Falle die vor dem Empfange des Darlehens verkauften Güter dem Pfandrechte des Gläubigers nicht unterworfen, sondern dasselbe nur auf die zur Zeit der Zahlung noch in dem Besitze des Schuldners befindlichen Sachen zu erstrecken seyn; in dem andern Falle aber würde der zweite Gläubiger, welcher dem Schuldner das Geld sogleich gegen Hypothek geliehen hat, dem ersten Gläubiger, der blos eine bedingte Hypothek erhalten hatte, vorgezogen werden müssen. So entscheiden auch wirklich Paulus und Cajus. Ersterer sagt nämlich libro 5. Responsorum, woraus *L. 4. D. Quae res pignori* genommen ist: Titius, cum mutuam pecuniam accipere vellet a Maevio, cavit ei, et quasdam res hypothecae nomine dare destinavit: deinde postquam quasdam ex his rebus vendidisset, accepit pecuniam. Quaesitum est, an et prius res venditae creditori tenerentur? Respondit, *cum in potestate fuerit debitoris, post cautionem interpositam*

95) *L.* 30. *D. de rebus creditis.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 30. Sollte sich jedoch der Schuldner verbindlich gemacht haben, das Geld wirklich von dem Gläubiger entlehnen zu wollen, so würde die Hypothek sogleich von der Zeit ihrer Bestellung an beginnen. S. Pufendorf Observat. iur. univ. Tom. II. Obs. 168. und Bolley Lehre von öffentlichen Unterpfändern. §. 113.

pecuniam non accipere, eo tempore pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata est: et ideo inspiciendum, quas res in bonis debitor numeratae pecuniae tempore habuerit. Ganz mit diesen Grundsätzen übereinstimmend sagt Cajus libro singulari de formula hypothecaria, wie dessen Worte *L.* 11, *pr. D. h. t.* lauten: Potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam, et accepit hypothecam: quamvis cum alio ante convenerat, *ut, si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata:* licet ab hoc postea accepit. *Poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam.*

Hängt hingegen die Erfüllung der Bedingung nicht von dem Willen und Vermögen des Schuldners ab, so wird, wenn die Schuld nachher wirklich entsteht, der Anfang derselben gleich von der Zeit der Verpfändung an gerechnet, so daß, wenn der Schuldner in der Zwischenzeit, ehe die Bedingung in Erfüllung ging, einem Andern an der nämlichen Sache ein Pfandrecht ertheilt hat, dieses Pfandrecht der früher für die bedingte Schuld constituirten Hypothek nachstehe, weil die erfüllte Bedingung in diesem Falle auf die Zeit des Contracts zurückgezogen, und daher der Verzug der Zeit so berechnet wird, als sey gleich Anfangs das Geschäft unbedingt geschlossen worden[96]). Hieher gehören folgende Gesetzstellen:

L. 9. §. 1. *D. h. t.* AFRICANUS *libro VIII. Quaestionum.* Amplius etiam sub conditione credito-

96) PISTORIS Quaestion. iur. Lib. III. Qu. 14. nr. 16. sqq. AVERANIUS Interpretat. iuris. Lib. II. cap. 12. nr. 8. et 9. Westphal Pfandrecht §. 151. HOFACKER T. II. §. 1206.

rem tuendum putabat adversus eum, cui postea quicquam deberi coeperit; *si modo non ea conditio sit, quae invito debitore impleri non possit.*

L. 11. §. 1. *D. eodem.* Cajus *lib. singulari de formula hypothecaria.* Videamus, an idem dicendum sit, si *sub conditione stipulatione facta*, hypothca data sit, qua pendente alius credidit pure, et accepit eandem hypothecam, tunc deinde prioris stipulationis exsistat conditio: ut potior sit, qui postea credidisset? Sed vereor, num hic aliud sit dicendum: *cum enim semel conditio exstitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset.* Quod et melius est.

Dieß ist auch der Fall, wenn für bedingte Vermächtnisse von dem Erben Sicherheit durch Hypothek geleistet wird, und der Erbe nachher wegen eines contrahirten Anlehens dieselben Sachen seinem Gläubiger verpfändet. Tritt dann die Bedingung des Vermächtnisses ein, so geht der erste Pfandgläubiger dem zweiten vor, wie ebenfalls Afrikanus *L.* 9. §.2. *D. h. t.* sagt, wo es heißt: Sed et si heres ob ea legata, quae sub conditione data erant, de pignore rei suae convenisset, et postea eadem ipsa pignora ob pecuniam creditam pignori dedit, ac post conditio legatorum exstitit: hic quoque tuendum eum, cui prius pignus datum esset, existimavit. Man könnte hier einwenden, bei Vermächtnissen habe der Eintritt der Bedingung nicht so, wie bei Verträgen, eine zurückwir-

kende Kraft[97]). Es könne also auch die Hypothek nicht zurückgerechnet werden, weil sich die accessorische Verbindlichkeit nach der Natur der Hauptverbindlichkeit richtet. Allein auch davon abgesehen, daß ja die Verbindlichkeit des Erben zur Entrichtung der Vermächtnisse *quasi ex contractu* entspringt[98]), so ist hier zu erwägen, daß das Pfandrecht nicht sowohl der obligatio legati, als vielmehr der obligatio conventionalis, nämlich der stipulatio conditionalis beitrat, welche der Legatar mit den Erben bei einem bedingten Vermächtniß einzugehen pflegte[99]). Denn der Erbe versprach dem Legatar durch Stipulation unter Versicherung von Bürgen oder Pfandbestellung, daß er ihm das Legat, wenn die Bedingung eintritt, auszahlen wolle[100]). Hiezu kommt, daß, wenn es in der Willkühr des Erben stehen sollte, die dem Legatar zur Sicherheit verpfändeten Sachen noch als frei einem Andern zu verpfänden, dadurch der ganze Zweck der Sicherheitsleistung vereitelt werden würde. Damit also der Legatar nicht hintergangen werde, so schützt ihn der Prätor bei seinem frühern Rechte aus Gründen der

97) *L.* 42. *D. de obligat. et act.* *L.* 11. §. 4. *in fin. D. de except. rei iudic.* *L.* 1. §. 4. *D. de SCto. Silan.* *L.* 14. §. 3. *D. Quando dies legator. ced.* *L.* 28. *D. de pign.*

98) §. 5. *I. de obligat. quae quasi ex contr. nasc.*

99) *L.* 1. *pr. et* §. 13. 14. *et sqq. D. Ut legator. s. fideicomm. servand. causa cav.* S. *Ios.* Averanius Interpretat. iuris Lib. II. cap. 12. nr. 13. et 14.

100) Die Formel der Stipulation siehe bei Westphal von Vermächtnissen und Fideicomissen §. 915.

Billigkeit gegen den, welcher erst nach ihm eine Hypothek erhielt [1]).

4) Gleiche Grundsätze finden auch bei den noch zukünftigen Forderungen statt, bei welchen man annimmt, daß sie in Zukunft noch entstehen können [*]). Diese werden den bedingten gleichgeachtet. Hängt also die Erfüllung einer Verbindlichkeit nicht von der Willkühr des Schuldners ab, so fängt auch das Pfandrecht nicht erst von der Zeit an, wo die Zahlung geleistet wurde, sondern es wird solches auf die Zeit des eingegangenen Vertrags, vermöge dessen die Verpfändung geschehen ist, zurückgerechnet. In dem entgegengesetzten Falle aber bestimmt sich das Alter des Pfandrechts nach dem Zeitpunkte des durch wirklich geleistete Zahlung erfolgten Eintritts der Schuld. Papinian erläutert dieß in der *L.* 1. *D. h. t.* durch folgenden Rechtsfall: Qui dotem pro muliere promisit, pignus sive hypothecam de restituenda sibi dote accepit: subsecuta deinde pro parte numeratione, maritus eandem rem pignori alii dedit: mox residuae quantitatis numeratio impleta est. Quaerebatur de pignore. *Cum ex causa promissionis ad universae quantitatis exsolutionem, qui dotem promisit, compellitur, non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractae obligationis:* nec probe dici, in potestate eius esse, ne pecuniam residuam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur. — §. 1. Alia causa est eius, qui pignus

1) S. *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris. Lib. III. cap. 9. nr. 14. et 15. und Bolley. a. a. O. §. 113. S. 252. ff.

*) *Io. Frid.* DANN de pignore, debito futuro accedente. *Tubingae* 1790. 8.

accepit ad eam summam, quam intra diem certum numerasset, ac forte prius, quam numeraret, alii res pignori data est.

Es wird hier eine Vergleichung zwischen der Bestellung eines Heirathgutes und dem Darlehnscontract angestellt. Der Ehemann hatte demjenigen, welcher ihm das Heirathsgut für die Frau zu geben versprach, wegen der Zurückgabe desselben ein Pfandrecht bestellt. Nachdem ein Theil des Brautschatzes abschläglich bezahlt worden, verpfändete der Ehemann dieselben Sachen einem andern Gläubiger. Hierauf erfolgte die Bezahlung des Rückstandes. Nun entstand die Frage, welches Pfandrecht vorgehe? Ohne Zweifel das Pfandrecht des Dotirers. Der Umstand, daß schon ein Theil des Heirathsgutes zur Zeit der zweiten Verpfändung bezahlt war, hatte zwar auf die Entscheidung keinen Einfluß. Denn wäre auch die ganze Summe erst nach der zweiten Pfandbestellung bezahlt worden, so würde dennoch, wie Cujaz[2]) sehr richtig bemerkt hat, die Hypothek des Dotirers gleich mit ihrer Bestellung begonnen haben. Das Versprechen des Heirathsgutes war es vielmehr, welches den Dotirer zur Bezahlung der ganzen Summe zwangsrechtlich verpflichtete. Darum soll nicht auf die Zeit der Auszahlung des Heirathsgutes, sondern auf den Anfang der entstandenen Verbindlichkeit gesehen werden. Denn nun stand es nicht mehr in der Willkühr des Dotirers, ob er auch den Rückstand bezahlen wollte oder nicht. Einige Aus-

2) Commentar. in librum VIII. Quaestionum Papiniani ad L. 1. h. t. (*Operum postumor.* Tom. I. ex edit. FABROTI *Paris.* 1658. f. pag. 182.)

leger[3]) wollen zwar die letzten Worte auf den Ehemann beziehen, als wenn auch dieser die Annahme des Ueberrestes von dem versprochenen Heirathsgute nicht von sich hätte ablehnen können. Sie machen sich aber selbst den Einwurf, daß die Frau dabei nicht interessirt gewesen wäre, weil der Dotirer sich den Rückfall des Heirathsgutes ausbedungen hatte. Denn daß der Frau das Heirathsgut geschenkt seyn sollte, wie Westphal[4]) glaubt, streitet gegen die Worte des Gesetzes. Es ist vielmehr, wie Cujaz[5]) ganz richtig bemerkt, von einer dos receptitia die Rede. Dieser Einwurf wäre nun zwar leicht zu heben, wenn man erwägt, daß der Ehefrau an der Bestellung des Heirathsgutes, auch wenn es ihr nicht geschenkt seyn sollte, schon darum gelegen seyn mußte, theils um nach rechtlicher Vermuthung als rechtmäßige Ehefrau angesehen zu werden, weil sie sich durch das Heirathsgut vorzüglich von der Concubine unterschied[6]), theils um nicht dem Schicksal solcher Weiber preisgegeben zu werden, die nicht dotirt waren, und daher aus irgend einer Veranlassung von ihren Ehemännern gar leicht verstoßen wurden[7]). Allein

3) DONELLUS de pignoribus. Cap. 14. Verb. *Prioris autem generis.* VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 30. in fin. *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris. Lib. II. cap. 12. nr. 11. et 12. und POTHIER Pand. Iustin. T. I. h. t. Nr. II. not. a.

4) Pfandrecht §. 150. Not. 171. S. 215.

5) Comm. in Papinianum ad h. L.

6) S. HEINECCIUS Commentar. ad Leg. Iuliam et Pap. Poppaeam. Lib. II. cap. 13. §. 2. pag. 256.

7) *L.* 24. *Cod. ad SCtum Vellejan.* Neque enim ferendum est, quasi casu fortuito interveniente mulierem fieri

die ganze Verbindung der Worte lehrt, daß sie von dem, welcher das Heirathsgut versprochen hatte, verstanden werden müssen, wie besonders Hermann Pistoris[8]) gezeigt hat. Denn daß das Wort: reddere sowohl bei den römischen Klassikern[9]), als in den Gesetzen[10]) häufig für dare gebraucht wird, ist bekannt. Den §. 1. dieser Gesetzstelle erklärt Cujaz[11]) auch von einer Verpfändung für die Zurückgabe eines Heirathsgutes, wobei aber keine stipulatio dotis vorausgegangen ist. Der Ehemann verspricht mir gegen hypothekarische Sicherheit, das Heirathsgut zu seiner Zeit zurückgeben zu wollen, welches ich ihm binnen einer bestimmten Zeit auszahlen würde, ob ich ihm gleich keines versprochen hatte. Ich habe nun dem Ehemann blos zu einem Heirathsgute Hoffnung gemacht, ohne es ihm gewiß zu versprechen, habe aber doch auf diesen Fall die zum voraus bestellte Hypothek angenommen. Unterdessen hat der Ehemann dieselbe Hypothek noch einem andern Gläubiger gegeben. Wenn nun nachher die Auszahlung des Heirathsgutes noch meiner Seits erfolgt, so gehe mir jener Gläubiger vor, denn meine Hypothek werde erst von der Zeit der wirklich erfolgten Auszahlung an gerechnet. Es ist nicht zu läugnen, daß die Grie-

indotatam, et sic a viro forsitan repelli, et distrahi matrimonium.

8) Quaest. iur. Lib. III. Qu. 14. nr. 7. sqq. Ihm stimmen auch PUFENDORF Observat. iur. univ. T. II. Obs. 168. und Volley von öffentl. Unterpfändern §. 112. Not. 5. S. 250. bei.

9) E. Schellers latein. Lexicon. h. v.

10) BRISSONIUS de Verbor. iuris significat. h. voc.

11) Ad Papinianum c. l. pag 183.

chen[12]) sich den Fall wirklich so dachten. Man kann also nicht geradezu mit Westphal[13]) sagen, Cujaz habe Unrecht. Indessen läßt sich auch freilich der §. 1. unsers Fragments sehr gut von einem Darlehen erklären, wo das Pfand nicht vor der Auszahlung von Wirkung ist, weil es in der Macht des Schuldners stand, das Geld nicht anzunehmen[14]). So verstehen denselben auch Averanius[15]) und Westphal[16]).

5) Läßt sich bei einem Conventionalpfandrechte die Priorität der Zeit nicht ausmitteln, so geht der vor, welcher im Besitz der Sache ist[17]). Ist aber Niemand im Besitz, so wird derjenige Pfandgläubiger, welcher gar keine Zeit angeben kann, demjenigen nachgesetzt, welcher bestimmt die Zeit, wo er sein Pfandrecht erhielt, zu erweisen vermag[18]). Eben dieß gilt

12) *Basilicor*. Lib. XXV. Tit. 5. Const. 1. Tom. IV. *Fabroti*. pag. 55. *Ετερόν ἐστειν ἔνθα μέλλω ἔισω προθὲσμιας ἀπεριδμεῖθαι ὑπόθωμαι πρᾶγμα, καὶ ἀνὴρ τὸ ἀυτὺ πρὸ τῆς ἀπαριδμήσεως ὑπέθετο ἑτερῳ.* i. e. *Non idem est, si pignus mihi datum sit sub spe numerandae dotis intra diem certum, et maritus, antequam numerarem, eandem rem alii pignori obligaverit.*

13) a. a. O.

14) *L.* 4. *D. Quae res pignori.*

15) Interpretat. iuris Lib. II. cap. 12. nr. 11.

16) Pfandrecht a. a. O. S. 215.

17) *L.* 10. *D. de pignorib.*

18) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. VII. Spec. CCCCLXXXVI. medit. 8. Thibaut Syst. des Pand. R. 2. B. §. 660. lit. C. und Schweppe röm. Privatrecht. 1. B. §. 319.

6) auch in dem Falle, wenn das Pfandrecht des einen Gläubigers von einem bestimmten Tage eines Zeitraums, das Pfandrecht des andern Gläubigers aber aus einem ganzen Zeitraume herrührt. Wenn also in der Pfandverschreibung nur das Jahr ausgedrückt ist, so ist dieses Pfand zwar freilich allen denjenigen vorzuziehen, die erst in den folgenden Jahren bestellt worden sind; aber denen ist es nachzusetzen, welche in eben dem Jahre, aber zu einer bestimmten Zeit ertheilt worden sind. Ist aber diese Zeit bei dem Einen nur in folle bestimmt, z. B. um Ostern des Jahrs 1817., während bei dem Andern, der in eben diesem Termin ein Pfandrecht erhalten hat, ein bestimmter Tag bemerkt ist, so ist der erstere dem letzteren nachzusetzen[19]).

7) Ist zwei Gläubigern an einem Tage die nämliche Sache verpfändet, und nur in der einen Pfandverschreibung die Stunde des bestellten Pfandrechts angemerkt worden, in der andern aber nicht, so behaupten zwar mehrere Rechtsgelehrte[20]), beide hätten ein gleiches Recht, und concurrirten pro rata debiti. Allein da kein Grund vorhanden ist, für diesen Fall eine Ausnahme zu machen, so muß hier der erstere Pfandgläubiger dem letzteren vorgezogen werden[21]). Die Praxis pflegt indessen noch einen Unterschied zu machen, ob die in der Pfandverschreibung bemerkte Stunde eine der letzteren oder der

19) S. Dabelow vom Concurse der Gläubiger S. 635.

20) Bachovius Tr. de pignorib. Lip. IV. cap. 1. nr. 5. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 29.

21) Dabelow a. a. O.

vorhergehenden Stunden des Tages ist; in ersterem Falle streite die Vermuthung wider den Pfandgläubiger, die er in dem letzteren Falle für sich habe[22]).

8) Ist keiner der concurrirenden Gläubiger die Zeit, wo sein Pfandrecht entstand, darzuthun im Stande, so haben sie dann ein gleiches Recht, und concurriren nach dem Verhältniß ihrer Forderungen[23]).

9) Hat ein Gläubiger die erste Hypothek, und creditirt dem Schuldner, nachdem derselbe unterdessen auch einem andern Gläubiger dieselben Sachen verpfändet hatte, aufs Neue, er läßt sich aber nicht nur die vorige Hypothek bestätigen, sondern auch wegen der durch die neue Schuld vermehrten Forderung eine neue Hypothek geben, so behält zwar der Gläubiger in Ansehung der ersten Forderung seine alte Priorität vor dem zweiten Pfandgläubiger, und tritt gleichsam, wie die Gesetze sagen, wieder in seine Stelle ein, welche sonst nach der Strenge des Rechts durch die Novation erloschen wäre[24]). Allein in Ansehung der neuen Forderung geht die ihm deshalb gegebene neue Hypothek dem Pfandrechte des zweiten Gläubigers nach. So entscheidet Papinian libro XI. Responsorum.

22) S. MENOCHIUS Arbitr. iud. quaestion. Lib. II. Cent. I. Cas. 48, nr. 19 — 21. und *Christ.* THOMASIUS Tractat. de prioritate ac posterioritate temporis dubia atque incerta. *Lipsiae* 1683. rec. *Halae* 1736. 4. Cap. IV. §. 121.

23) *L.* 16. §. 8. *D. h. t.*

24) *L.* 11. §. 1. *D. de pign. act.*

L. 3. *D. h. t.* Creditor acceptis pignoribus, quae secunda conventione secundus creditor accepit, novatione postea facta, pignora prioribus addidit. *Superioris temporis ordinem manere primo creditori placuit, tanquam in suum locum succedenti.*

Eben so auch Marcian libro singulari ad formulam hypothecariam mit Beziehung auf Papinian, wenn er

L. 12. §. 5. *D. eodem.* sagt: PAPINIANUS *libro undecimo* respondit: Si prior creditor, postea novatione facta eadem pignora cum allis acceperit, in suum locum eum succedere.

So kann also derselbe Gläubiger an den Schuldner verschiedene hypothekarische Forderungen haben, und wegen der einen, als älterer Pfandgläubiger, einem andern Pfandgläubiger vorgehen, in Ansehung der andern aber, als jüngerer Pfandgläubiger, ihm nachgehen müssen, wie eben dieser Marcian in der angeführten Stelle §. 3. sagt: Si idem bis, id est, ante secundum et post eum crediderit: in priore pecunia potior est secundo, in posteriore tertius est[25]); und in dieser Hinsicht ist es wahr, was Schweppe[26]) sagt, auf eine andere Forderung kann das Pfandrecht mit der alten Priorität nicht übertragen werden, ausgenommen auf die durch Novation der ersteren entstandene, insofern sie nicht größer ist, als die alte.

25) Man sehe auch *L.* 20. *D. eodem,* und *Fr.* BALDUINUS de pignoribus. Cap. 19. Verb. *Ut superiorem regulam* etc. auch Westphals Pfandrecht §. 155. Not. 176.

26) Röm. Privatrecht 1. B. §. 307.

II. Ein stillschweigendes Pfandrecht nimmt seinen Anfang, wenn 1) die Hauptverbindlichkeit, zu deren Sicherheit die Gesetze dasselbe dem Gläubiger geben, entweder bereits wirklich entstanden ist, oder der Schuldner sich doch wenigstens in der Lage befindet, daß er seiner Seits deren Entstehung nicht mehr zu verhindern vermag, und also 2) die Handlung geschehen ist, welche sowohl den Grund der Verbindlichkeit des Schuldners, als auch den Grund der Verpfändung enthält[27]). Da dieser Anfang bei den einzelnen gesetzlichen Pfandrechten schon näher angegeben worden, so ist hier eine weitere Ausführung überflüßig.

III. Das testamentarische Pfandrecht an den eigenen Gütern des Erblassers nimmt von der Zeit an seinen Anfang, wo das Testament mit dem Tode desselben seine Bestätigung erhalten hat, und der Legatar das Vermächtniß erwirbt. Ist es aber an den Gütern des Erben vermacht worden, so kann solches erst von der Zeit an beginnen, wo der Erbe die Erbschaft angetreten, und er nun solches quasi ex contractu entstehen lassen muß, wie auch schon an einem andern Orte[28]) näher gezeigt worden ist.

IV. Bei einem pignus praetorium kommt es zwar unter den immittirten Gläubigern selbst nicht auf den Zeitpunkt der erlangten Mission an; daher konnten diejenigen Gläubiger, welche sie früher erhalten hatten, keinen Vor-

27) S. Meißners Lehre vom stillschw. Pfandrechte. §. 37.

28) S. den 18. Theil. §. 1077. S. 189. ff. und besonders den 19. Th. §. 1088. S. 170. ff.

zug vor den später Immittirten verlangen[29]), sie möchten alle aus demselben Grunde, oder aus verschiedenen Ursachen die Einweisung in den Besitz erhalten haben[30]). Alle hatten gleiche Rechte[31]). Allein ihr Verhältniß zu anderen Pfandgläubigern, die ein pignus conventionale oder iudiciale oder legale haben, richtet sich nach der allgemeinen Regel: praevalet iure, qui praevenit tempore, mithin nach dem Zeitpunkte der erhaltenen Immission[32]). Hatten also diese Gläubiger ihr Pfandrecht schon vor der Immission erhalten, so gingen sie den erst nachher immittirten Gläubigern vor[33]). Eine Ausnahme hatte jedoch bei derjenigen Immission statt, welche Jemand damni infecti nomine, wegen der ihm verwei-

29) *L.* 12. *pr. D. de reb. auct. iud. possid. L.* 5. §. 2. *et* 3. *D. Ut in possession. legator. L.* 15. §. 15. *D. de damno infecto. L.* 1. §. 16. *D. de ventre in possess. mitt.*

30) *L.* 11. §. 1. *D. Ut in possess. legator.* Nur die missio, quae *ventris nomine* fiebat, erlaubt es ihrer Natur nach nicht, daß eine missio *legatorum servandorum causa* daneben Statt haben könnte. *L.* 7. *D. eodem.* S. SCHROEDER Opusc. de natura et effectibus pignoris praetorii atque iudicialis Sect. I. Cap. III. §. 116.

31) *L.* 6. §. 7. *D. Quae in fraudem creditor.* S. SCHROEDER Opusc. cit. §. 102. — §. 134, Siehe auch den 18. Th. dieses Commentars §. 1080. S. 276. f.

32) *L.* 2. *Cod. h. t.* VOET Comm. ad Pand. h. t n. 28. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. III. §. 575. Not. e.

33) *L.* 6. *Cod. de bonis auct. iud. possid.* SCHROEDER cit. Opusc. §. 141. et §. 148. Denn durch die Immission durften nicht die Rechte Anderer verletzt werden. Sie geschah immer salvo iure cuiuslibet tertii quaesito.

gerten Cautionsleistung, erhalten hatte. (§. 1080. IV.) Gegen diesen richtete der hypothekarische Gläubiger mit seiner Pfandklage nichts Anderes aus, als wenn er ihm zuvor die Baukosten wieder erstattet hatte [34]). Hatten sie hingegen ihr Pfandrecht erst nach der Immission erhalten, so kam es darauf an, ob die von dem älteren Pfandgläubiger erhaltene Immission von der Art war, daß er damit nicht blos sich, sondern auch den übrigen Gläubigern nützte, wie z. B. diejenige, welche rei servandae causa verfügt wurde, oder ob der Gläubiger durch das pignus praetorium ein blos ihm allein zustehendes Recht erworben hatte, wie z. B. in dem Falle, wenn ein Legatar legati servandi gratia immittirt worden war. In dem ersteren Falle hatten die früher immittirten Gläubiger keinen Vorzug vor denen, welche erst nach der Immission derselben ein Pfandrecht erhalten hatten; es mußten nur die späteren Gläubiger ihr Pfandrecht nicht zum Nachthiel der ersteren erhalten haben. In dem ersteren Falle aber ging das früher erwirkte pignus praetorium dem später erworbenen pignus conventionale oder iudiciale anderer Gläubiger vor [35]). Auf diesen Unterschied macht uns Ulpian aufmerksam, wenn er *L.* 5. §. 2. *D. Ut in possession. legator.* sagt: Is, qui ex causa legatorum

34) *L.* 12. *L.* 44. §. 1. *D. de damno infecto. Iac.* Cujacius Commentar. in Librum XLVIII. Pauli ad Edictum ad. L. 12. D. de damno inf. *Oper. postum.* Tom. II. edit. *Fabroti.* pag. 679. sq. Westphal de libertate et servitut praedior. §. 295. Schroeder Opusc. de natura et effectib. pignoris praetorii. §. 153.

35) Schroeder Opusc. cit. §. 142. et 151. sq.

possidet, sibi, non alii possidet. Alia est causa, cum creditores rei servandae causa mittuntur in possessionem: nam is, qui possidet, non sibi, sed omnibus possidet. Von dem prätorischen Pfandrechte der Legatarien, und ihrem Verhältniß zu dem pignus iudiciale oder conventionale der späteren Pfandgläubiger sprechen folgende Constitutionen:

L. 2. Cod. h. t. Imp. ANTONINUS A. *Chresto* et aliis. Si decreto Praetoris, qui de fideicommisso ius dixit, in possessionem fundi hereditarii fideicommissi conditionalis servandi gratia prius inducti estis, quam adversarius vester in causam iudicati eiusdem fundi pignus occupaverit: iussu eius, qui iure sententiam exequebatur, tempore potiores estis. Nam cum de pignore utraque pars contendit, praevalet iure, qui praevenit tempore.

L. 3. Cod. Ut in possessionem legatorum. Impp. SEVERUS et ANTONINUS AA. *Symphoro.* Si postquam servandi legati seu fideicommissi gratia in possessionem inductus es, pignoris obligatio aut venditio ab herede intervenerit, praecedere causam tuam, quam iure praetorio veluti pignus habuisti, manifestum est.

Die missio in possessionem ventris nomine konnte jedoch nie einen Vorzug der Zeit gegen andere Gläubiger geben. Denn da diese zur Sicherung der Ansprüche des künftigen Erben verfügt wird, so behalten die Gläubiger gegen diesen alle ihre Rechte und Klagen,

welche sie gegen den verstorbenen Erblasser, ihren Schuldner, hatten[36]). Noch weniger aber konnten mehrere ventres in possessionem missi unter sich über den Vorzug streiten[37]). Endlich

V. ein pignus iudiciale tritt so wenig schon von Zeit der in die Rechtskraft geschrittenen richterlichen Sentenz, als von Zeit des richterlichen Decrets ein, wodurch dem Gläubiger der Besitz zugesprochen ist, sondern es nimmt erst dann seinen Anfang, wenn der verurtheilte Schuldner zur Vollziehung des rechtskräftigen Urtheils wirklich ausgepfändet wurde, und der Gläubiger in den Besitz gekommen ist[38]). Es unterscheidet sich auch von dem prätorischen Pfandrechte darin, daß hier der Vorzug der Zeit nicht blos im Verhältniß zu anderen Pfandgläubigern, sondern auch unter den Immittirten selbst entscheidet[39]).

§. 1096.

Verhältniß der privilegirten Pfandrechte gegen einander, der öffentlichen und testamentarischen Hypotheken.

Sind der privilegirten Hypotheken mehrere, so bestimmt sich ihr gegenseitiges Verhältniß in der Regel auch

36) Schroeder Opusc. cit. §. 154.

37) *L.* 1. §. 16. *D. de ventre in posses. mitt.* Schroeder Opusc. cit. §. 111.

38) *L.* 61. *D. de re iudicata. L.* 15. §. 2. *D. eodem. L.* 2. *et* 3. *Cod. h. t. L.* 26. §. 1. *D. de pign. act.* S. Pufendorf Observat. iuris univ. Tom. III. Obs. 61.

39) *L.* 10. *D. h. t. L.* 4. verglichen mit *L.* 3. *Cod. eodem.* Schroeder Opusc. cit. §. 135. et 144. S. auch den 18. Th. dieses Commentars §. 1080. S. 276.

durch das Alter, woferne nicht unter den privilegirten Pfandgläubigern manche vor anderen besonders privilegirt sind. Welche unter den privilegirten Gläubigern nun aber zu diesen mehr privilegirten Pfandgläubigern zu rechnen seyen, darüber sind die Rechtsgelehrten nicht einig. Voet[40]) räumt dem Gläubiger, welcher zum Ankaufe einer militia das Geld geliehen, und sich dabei auf die oben (§. 1094. S. 301.) angegebene gesetzlich vorgeschriebene Art ein hypothekarisches Vorrecht ausbedungen hat, in Ansehung des beim Verkaufe derselben daraus gelösten Geldes den ersten Platz ein. Gleich nach diesem Gläubiger läßt er die Ehefrau des Gemeinschuldners mit ihrem Brautschatze und dessen Vermehrung folgen, und setzt ihr selbst den Fiskus wegen rückständiger Steuern und öffentlicher Lasten nach. Denn wenn gleich ehemals der Fiskus nach *L. 1. Cod. Si propter publicas pensitat.* der Ehefrau vorgegangen wäre, so habe dieses seinen Grund darin gehabt, weil vor Justinian die Ehefrau wegen ihres Heirathsgutes noch nicht einmal eine gesetzliche, geschweige denn eine privilegirte Hypothek gehabt habe. Allein dieß habe sich nun ganz geändert, seitdem Justinian der Ehefrau eine Hypothek wegen ihres Heirathsgutes und dessen Vermehrung mit einem solchen Vorzugsrechte ertheilt habe, daß sie nach der Novelle 97. Kap. 4. keinem anderen Gläubiger, als dem Creditor militiae, nachstehen solle. Gerade so rangirt auch die privilegirten Gläubiger Johann Jacob Wissenbach[41]). Allein die meisten Rechtsge-

40) Comment. ad Pand. h. t. §. 21. et 22.

41) Exercitation. ad Pand. Disp. XL §. 11—14.

lehrten [42]) stimmen dahin überein, daß der Fiskus wegen rückständiger Abgaben unter den privilegirten Pfandgläubigern obenan stehe. Dieser Vorzug wird ihm in der angeführten *L. 1. C. Si propter public. pensitat.* ganz bestimmt eingeräumt, und in der *L. 2. C. eodem* noch mehr bestärkt, indem daselbst der Verkauf eines Grundstücks für nichtig erklärt wird, ut indemnitati tributorum *omnibus modis* consulatur. Es läßt sich auch nicht füglich behaupten, daß dieser Vorzug des Fiskus durch neuere Gesetze aufgehoben worden sey, weil man ihn darin setzt: Utilitas publica praeferenda est privatorum contractibus, wie in der *L. 3. C. de primipilo* gesagt wird, vermöge deren die Frau mit ihrem Heirathsgute in subsidium auch für den Rezeß ihres Ehemanns haften soll, wenn er Primipilus war [43]). Dieses Gesetz nahm Justinian in den Codex auf, ohnerachtet er der Ehefrau wegen ihres Heirathsgutes das privilegium praelationis gegeben hatte. Wäre dieses nicht ganz zwecklos gewe-

42) *Io. Sam.* STRYCK Diss. de praelatione dotis et fisci mutua in concursu creditorum. *Halae* 1702. Cap. IV. §. 10. *Paul. Wilh.* SCHMID Diss. de iure praelationis fisco intuitu tributorum prae creditore hypothecario, cuius simul pecunia fundus est adquisitus. *Ienae* 1760. §. 12. sqq. Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 70. Dabelow vom Concurse der Gläubiger S. 606. Thibaut System des Pand. Rechts 2. Band §. 658. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 2. B. §. 2051. Gesterding Pfandrecht §. 31. S. 241. Anderer Meinung sind indessen Meißner vom stillschweigenden Pfandrecht §. 99. a. E. und Schweppe röm. Privatrecht 1. B. §. 318.

43) S. oben §. 1088. S. 73. f.

sen[44])? Ein gleiches Privilegium räumen mehrere Rechtsgelehrte[45]) auch der Hypothek des Fiskus wegen seiner Forderungen aus einem Contract in Ansehung der später erworbenen Güter ein, welches aber von Anderen[46]) bestritten wird.

Unbestritten aber geht der Ehefrau derjenige Gläubiger vor, welcher zum Ankaufe einer militia creditirt hat, wenn der Vorbehalt der Hypothek auf die in der Novelle 97. Kap. 4. vorgeschriebene Art geschehen ist. Nächst diesem hat die Ehefrau wegen des eingebrachten Heirathsgutes und dessen Vermehrung ein absolutes Vorrecht vor allen anderen Pfandgläubigern, welches auch ihren Kindern und entfernteren Descendenten zustehen soll. Ob aber dem Brautschatze dieses Vorrecht nur vor älteren einfachen, oder auch vor älteren privilegirten Pfandgläubigern zustehe, ist sehr streitig. Es gibt darüber zwei Partheien unter den Rechtsgelehrten. Einige[47]) behaupten, sie habe nur ein Vorrecht vor äl-

44) S. Huber Praelect. ad Pand. h. t. §. 9. Pufendorf Observation. iuris univ. T. IV. Obs. 13. §. 1. und Gesterding Pfandrecht S. 242. f.

45) Dabelow vom Concurse der Gläubiger S. 301. und 302. Bachov de pignorib. Lib. IV. c. 10. nr. 3. in fin. Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 257. nr. II.

46) S. *Car. Frid.* Walch Introd. in controv. iur. civ. Sect. IV. Cap. III. Membr. II. Subs. II. §. 16. und Gesterding Pfandrecht S. 243. f.

47) Westphal im Pfandrecht §. 161. Not. 179. S. 233. ff. Hofacker Princ. iur. civ. R. G. T. II. §. 1213. nr. III. Dabelow Lehre vom Concurse der Gläubiger S. 298. ff.

teren einfachen Pfandgläubigern, und rangire mit anderen privilegirten Pfandgläubigern nach dem Alter. Nur von jenen sey die Rede, wenn in der *L*. 12. §. 1. *Cod. h. t.* gesagt werde, daß die tacita pro dote hypotheca solle potiora iura contra omnes habere mariti creditores, *licet anterioris sint temporis privilegio vallati.* Denn der Sprachgebrauch in den übrigen Gesetzen zeige, daß der Ausdruck: *anterioris temporis privilegium* weiter nichts, als den Vorzug andeute, der sich auf die Regel: prior tempore est potior iure gründe. Und in der *Nov.* 97. *Cap.* 3. sey nur die Frage, ob das Heirathsgut, wenn es älter ist, dem jüngeren privilegirten Pfandgläubiger weichen müsse, dessen Geld zur Erwerbung oder Erhaltung einer Sache des Gemeinschuldners verwendet worden ist. Diese Frage werde verneinend entschieden. Einem solchen Gläubiger solle die Ehefrau nicht nachstehen. Hieraus lasse sich aber nicht folgern, daß die Ehefrau dem Gläubiger, dessen Geld in die Sache verwendet wurde, auch wenn er älter ist, vorgehen solle, und daß sie also ihr Privilegium dem seinigen entgegensetzen könne. Nein, das Heirathsgut solle nur gleiche Rechte mit einem solchen Gläubiger haben, und die Priorität der Zeit den Ausschlag geben. Die andere Parthei [48]) räumt hingegen dem Heirathsgute nach dem ere-

Meißner vom stillschweig. Pfandrechte §. 174. von Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 99. S. 336. Thibaut System des Pandectenrechts 2. B. §. 658. Gesterding Pfandrecht §. 31. S. 236. ff. u. a. m.

48) *Ant.* Faber Conjecturar. iuris. civ. Lib. VIII. cap. 11. pag. 217. *Io.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 22. Huber

ditor militiae ein unbedingtes Vorrecht vor allen anderen, auch älteren privilegirten Pfandgläubigern ein. Und diese Meinung hat folgende Gründe für sich: Daß Justinian der Ehefrau wirklich einen solchen Vorzug eingeräumt wissen wolle, ergibt sich 1) aus der Veranlassung und dem Grunde des Gesetzes. Justinian selbst setzt nämlich in der *L.* 12. *Cod. Qui pot. in pign.* die Veranlassung und den Grund dieses Gesetzes in die häufigen Klagen der Ehefrauen, welche dieselben darüber führten, daß die älteren Gläubiger des Mannes aus dem, zu dessen Vermögen doch nicht gehörigen Brautschatze befriedigt würden, und dieser dadurch verloren gehe, daß es aber widerrechtlich sey, die Gläubiger nicht aus des Mannes Vermögen, sondern aus dem Brautschatze der Ehefrau zu befriedigen: (*Oportet maritos creditoribus suis ex sua substantia, non de dote mulieris satisfacere*) weil, wie Justinian in der *Nov.* 97. *cap.* 2. hinzufügt, die Gläubiger nicht auf den Brautschatz, sondern auf des Mannes Vermögen creditirt haben.

Dotibus enim privilegium dedimus, sagt er, *ut antiquioribus hypothecis potiora iura habeant, cum illi, qui cum maritis contrahunt, substantiae illorum credant, non vero substantiae mulierum, quae tum forte maritis antea contrahentibus ne quidem iunctae fuerunt.*

Praelect. ad Pand. h. t. §. 10. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. III. §. 576. nr. III. Schweppe System des Concurses der Gläubiger §. 71. Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 257. Nr. II. der 4ten Aufl. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 2. B. §. 2051. SCHARLACH Observation. pract. de dotis privilegio Obs. 5. et 6. u. a. m.

Aus diesem Grunde ergibt sich, daß der Vorzug, welchen Justinian dem Heirathsgute beigelegt hat, demselben nicht blos im Collisionsfalle mit älteren einfachen, sondern mit allen Pfandgläubigern nach dem Creditor militiae zukommen solle, wie er sich darüber auch in dem Kap. 3. noch bestimmter erklärt hat. Die Worte: potiora iura contra *omnes* habere *mariti creditores* geben es auch schon deutlich genug zu erkennen, daß die nachfolgenden Worte: *licet anterioris sint temporis privilegio vallati*, nicht den eingeschränkten Sinn haben, daß sie blos von älteren einfachen Pfandgläubigern verstanden werden könnten. Nun ist 2) freilich nicht zu läugnen, daß die Frage in dem 3. Kap. der Novelle 97. einen solchen Fall betrifft, wo die Frau die ältere Gläubigerin, der Gläubiger aber, mit dessen Gelde eine Sache des Schuldners angeschafft oder erhalten worden war, und welcher wegen dieses Anlehens sein Privilegium gegen die Ehefrau geltend mache wollte, der jüngere Pfandgläubiger war[49]. Allein daß dieß dennoch nicht in der Absicht geschehen sey, als ob ein anderes Recht statt haben sollte, wenn dieser Gläubiger eine ältere Hypothek hätte, beweißt die nachher folgende gesetzliche Entscheidung ganz augenscheinlich. Die Frage, welche Justinian hier entscheidet, konnte nicht anders, als in der Art gestellt werden, wie sie hier vorgetragen wird. Dieß lehren die vorhergehenden Worte: Scimus, quasdam hypothecas, *etsi posteriores*, ex privilegiis a legibus illis concessis praeponi *antiquioribus creditoribus*. Eben dieß

49) Man vergleiche hier die Worte der Novelle 97. c. 3. selbst, so wie sie oben §. 1094. S. 270. abgedruckt sind.

bringt aber auch die Natur einer privilegirten Hypothek mit sich. Denn das Privilegium einer Hypothek äußert sich ja nur in dem Falle wirksam, wenn ältere Gläubiger da sind, denen der privilegirte Gläubiger vorgeht, weil sonst das gemeine Recht eintritt, nach welchem der Vorzug der Zeit entscheidet. Daß aber 3) Justinians Absicht wirklich dahin gehe, daß diejenigen Gläubiger, welche sonst gegen andere ältere Gläubiger ein Vorzugsrecht haben, von diesem ihrem Privilegium gegen die Ehefrau, welche ihr Heirathsgut zurückfordert, keinen Gebrauch machen sollen, erhellt ganz klar aus den folgenden Worten: Videamus enim, quae est rei absurditas, inhonestas mulieres corpore suo quaestum facere, atque exinde vivere, bene autem educatis, quaeque se ipsas et substantiam suam ad maritum deferunt, non solum nullum a maritis non recte viventibus quaestum esse, sed etiam damno affici, et nullam spem reliquam habere. Man sieht hier, welchen dringenden Beruf der Gesetzgeber in sich fühlte, für die Erhaltung des Heirathsgutes auf alle mögliche Art zu sorgen, und warum er es nach reiflicher Ueberlegung nicht für recht hielt, daß die Frau jenen privilegirten Gläubigern weichen solle.

Cum igitur multum de his deliberassemus, non invenimus *iustum esse, ut mulier eiusmodi privilegio cedat.*

Nun folgt die ganz bestimmte Erklärung seiner Willensmeinung.

Propterea volumus, ut, licet quis alterius pecunia agrum emisse, licet quoque domum, vel prae-

dium renovasse videatur, talia privilegia mulieribus opponere nequeat.

Sollen also dergleichen Privilegien den Ehefrauen nicht entgegengesetzt werden können, so kann es wohl sehr gleichgiltig seyn, sie mögen antiquiora oder posteriora seyn. In der That hätte es auch 4) der langen Erwägung, nach welcher sich Justinian erst zu einer solchen Entscheidung entschloß, gar nicht bedurft, wenn er weiter nichts beabsichtigt hätte, als dem älteren Brautschatz, der schon nach früheren Gesetzen privilegirt war, den Vorzug vor einer jüngeren privilegirten Hypothek zu geben. Eine größere Bedenklichkeit hingegen war zu bekämpfen, wenn dem jüngeren Brautschatze der Vorzug vor der älteren privilegirten Hypothek, und zwar einer solchen eingeräumt werden sollte, die sich der Gläubiger an einer Sache vorbehalten hatte, die mit seinem Gelde angeschafft oder vom Untergange befreit worden war. Allein Justinian überwand auch durch diesen Scrupel, vermuthlich durch den Gedanken, daß ja das Heirathsgut eben sowohl aus dem Vermögen der Ehefrau geflossen, als die Sache, welche mit des Gläubigers Gelde angeschafft oder erhalten worden ist, aus dessen Vermögen herrührt. Die Ehefrau schien ihm aber doch den Vorzug noch eher zu verdienen, als dieser Gläubiger. Man vernehme folgenden Grund:

Satis enim infirmitatem muliebris naturae novimus, et quam facile illae circumscribantur. *Ut autem dos ipsarum minuatur, nullo modo permittimus.*

Wäre nun aber wohl ein solcher Verlust oder eine solche Verminderung des Heirathsgutes nicht oft unvermeidlich, wenn

die Frau den mehrberegten Gläubigern nachstehen müßte, sofern sie ältere Pfandgläubiger sind? Daß Justinians Willensmeinung wirklich keine andere sey, als daß das Heirathsgut, auch wenn es jünger ist, dennoch den älteren, sowohl einfachen als privilegirten Gläubigern vorgehen sollte, beweißt ferner 5) der gleich in den folgenden Worten bemerkte Gegensatz von der donatio propter nuptias. Es ist genug, sagt er, daß die Frau mit dieser allen älteren Pfandgläubigern nachstehen muß, und ihr hiedurch ein Gewinn entgeht, der immer auch für sie ein sehr empfindlicher Verlust ist. Um so weniger wolle er, daß sie auch wegen ihres Heirathsgutes in gleicher Gefahr seyn solle: (cum sufficiat eas lucris excidere, *si donatione propter nuptias antiquiora* [50]) *inveniantur:* et

50) Wenn Haloander hier übersetzt hat: *et si prior antenuptialis donatio inveniatur*, so ist dieß offenbar unrichtig. Im Griechischen Text heißt es: εἴγε προγενέστερα τῆς πρὸ γάμου δωρεᾶς εὑρεθείη. Weit richtiger hat die Vulgata übersetzt: *si priora antenuptiali donatione inveniantur*, wie auch Hombergk bemerkt hat. Es fragt sich aber, worauf das προγενέστερα geht? *Ant.* FABER Conjecturar. iur. civ. Lib. VIII. c. 11. bezieht es auf das weiter oben vorkommende προνόμια, also *antiquiora privilegia*. Allein auch davon abgesehen, daß das προνόμια etwas zu weit entfernt steht, um das προγενέστερα darauf beziehen zu können, so ist auch dazu keine Nothwendigkeit vorhanden. Hombergk erinnert dieß zwar auch gegen Faber. Er hält aber seine eigene Meinung noch zurück. Ich glaube, daß hier unter *antiquiora* überhaupt alle älteren Pfandrechte zu verstehen sind, sie seyen einfache oder privilegirte. Denn wegen der donatio propter nuptias hat die Frau nur eine einfache Hypothek. *L.* 12. §. 2. *Cod. h. t.*

damnum quoque satis magnum exinde patiantur; non etiam volumus, *ut quoad ipsam quoque dotem in periculo sint.*) Dieß alles wird nun 6) vollends außer allen Zweifel gesetzt durch das Kap. 4. der gedachten Novelle, wo von dem gegenseitigen Verhältniß der Hypothek desjenigen, der zum Ankaufe einer militia creditirt hat, und der Hypothek der Ehefrau wegen ihres Heirathsgutes gehandelt wird. Hier wird nun gesagt: ut casu existente, ille sit potior, qui in militiam credidit, und, um jedem Zweifel vorzubeugen, wird noch hinzugefügt: *ut* IN HAC SOLA SPECIE *mulier cedat.* Nachdem hierauf die Form des Contracts noch näher bestimmt wurde, welche der creditor militiae beobachtet haben müsse, wenn seine Hypothek dem Brautschatze vorgehen soll, so schließt nun der Kaiser mit den Worten:

Mulier vero RELIQUIS OMNIBUS, secundum privilegium ipsis a nobis datum, PRAEVALEAT.

Dieß rekapitulirt nun der Kaiser nochmals in der *Nov.* 109. *Cap.* 1., wo er die den Ehefrauen gegebenen Vorrechte blos auf die rechtgläubigen Weiber beschränkt, wenn er daselbst sagt:

Quoniam enim foeminis *privilegium dotium* dedimus, *ut et antiquioribus creditoribus praeferantur*, *et meliore loco sint*, *quanquam tempore vincantur:* in donationibus vero propter nuptias, ut secundum tempora, quibus fiunt, hypothecas hebeant, omnibus — manifestum facimus, nos et hoc privilegium, et tacitas hypothecas, caeteraque omnia, quae mulieribus in diversis privilegiis a legibus nostris data sunt, illis solis concedere, ut iis

fruantur, quibus curae est, ut rectam et adorandam nostram fidem (Catholicae scilicet et Apostolicae ecclesiae) teneant, et de salutari eius communione participent.

Nach der Ehefrau folgt dann der Gläubiger, welcher zum Besten einer Sache creditirt hat, welcher mit demjenigen, der zum Ankaufe einer Sache geliehen hat, nach dem Zeitalter rangirt, und so auch die übrigen[51]).

Soviel hiernächst das Verhältniß derjenigen Pfandgläubiger betrifft, die sich auf öffentliche oder diesen gleich zu achtende Urkunden berufen, so rangiren zwar deren Hypotheken, sie mögen auf gerichtlichen, oder von einem Notar ausgestellten, oder von drei männlichen Zeugen unbescholtenen Rufs unterschriebenen Urkunden beruhen, unter einander nach der Ordnung der Zeit; allein vermöge der schon an einem andern Orte[52]) näher erklärten Verordnung des Kaisers Leo *L.* 11. *Cod. h. t.*, haben solche öffentliche Hypotheken den Vorzug vor den Privat-Hypotheken, deren Daseyn blos aus Privat-Urkunden dargethan werden kann. Von dem Verhältniß solcher öffentlicher Hypotheken zu den gesetzlichen, prätorischen und richterlich bestellten Pfandrechten ist auch schon oben[53]) gehandelt worden.

51) S. Schweppe Concurs der Gläubiger §. 71.

52) S. den 18. Th. §. 1081. S. 278. ff.

53) S. den 18. Th. S. 289—292. Man sehe auch Bolley Lehrb. von öffentlichen Unterpfändern §. 119. Thibaut System des Pandectenrechts 2. B. §. 659. und Schweppe Syst. des Concurses der Gläubiger §. 73.

Den letzteren Platz unter den Pfandgläubigern nehmen endlich diejenigen ein, welche als Legatare ein testamentarisches oder gesetzliches Pfandrecht verfolgen, insofern sie im Verhältniß zu den Pfandrechten betrachtet werden, welche schon vor dem Tode des Erblassers giltig errichtet waren. Allein diesen Hypotheken muß das Pfandrecht der Legatare schon darum nachgesetzt werden, weil es nicht schon von Zeit der Errichtung des Testaments, sondern erst von der Bestätigung desselben, und also erst von dem Tode des Testirers seinen Anfang nimmt. Unter einander und im Verhältniß neuer Gläubiger aber rangiren sie nach den gewöhnlichen Regeln [54]).

§. 1097.

Succession in die Stelle abgefundener Pfandgläubiger.

Zuweilen kann man die Stelle eines hypothekarischen Gläubigers dadurch erhalten, daß er mit unserem Gelde abgefunden wird, und man dann in seine Rechte eintritt. Man nennt eine solche Erwerbung des hypothekarischen Rechts eines Gläubigers die hypothekarische Succession [55]). Eine solche Succession kann auf zweierlei

54) *L. ult.* §. 5. *Cod. de iure delib.* Bolley von öffentlichen Unterpfändern §. 121. und Thibaut Syst. des P. R. 2. B. §. 660. lit. D. S. 97. der 4ten Ausg.

55) Die besten Schriften sind: *Casp. Achat.* Beck Diss. de successione creditorum. *Ienae* 1731. *Eberh.* Berghoff Diss. de successione hypothecaria. *Goett.* 1744. *Gustav. Bernh.* Beckmann Diss. de successione creditoris in alterius et suum ipsius locum. *Goettingae* 1781. und *Ios. de* Schaeffer Diss. de successione in hypothecam ex pacto cum debitore inito. *Altorfii* 1768.

Art bewirkt werden, 1) **unmittelbar**, wenn man den Pfandgläubiger mit seinem Gelde selbst abfindet; und dieß geschieht entweder a) mit desselben Einwilligung durch **Cession seiner Forderung**, wodurch die Hypothek desselben auf den Cessionar zugleich mit der Forderung übertragen wird [56]). Hiervon ist schon an einem andern Orte [57]) gehandelt worden. Oder b) auch ohne Zustimmung des Pfandgläubigers Kraft unmittelbarer Verordnung der Gesetze, wenn man von dem iure offerendi Gebrauch macht. Dieses **ius offerendi**, welches man das **Eintretungsrecht**, vielleicht aber noch passender das **Recht der Abfindung** oder des **Auskaufes eines hypothekarischen Gläubigers** nennen kann, ist ein besonderes Recht, welches die Gesetze vorzüglich dem nachgehenden Pfandgläubiger geben, vermöge dessen er einen ihm vorgehenden hypothekarischen Gläubiger durch Bezahlung seiner Pfandforderung und der damit verbundenen Nebenforderungen derselben, wofür die Hypothek mit haftet [58]), selbst wider seinen Willen abfinden, und hiedurch in Ansehung der bezahlten Pfandschuld des abgefundenen Gläubigers Stelle und Recht, auch ohne alle weitere Cession erhalten kann [59]). Dieses ius offerendi steht nun also

56) *L. 6. D. de hered. vel act. vendita.*

57) S. den 16. Th. dieses Commentars §. 1019.

58) S. den 18. Th. §. 1076. S. 175. ff.

59) *Iac. Andr.* Crusius de iure offerendi. Tractat. historico-philologico-iuridicus. *Bremae* 1661. 4. *Henr. de* Cocceji Diss. de iure offerendi. Vol. I. Dissertation. Nr. XXVII. *Paul. Frid.* Birkner Diss. sistens praecipua

I. hauptsächlich nur einem nachgehenden Pfandgläubiger zu. Denn die Gesetze geben es ihm, um sein Recht dadurch zu erhalten, welches durch den vorgehenden Pfandgläubiger sehr leicht in die Gefahr gesetzt werden kann, verloren zu gehen, z. B. wenn er das Pfand verkauft. Denn gegen den dritten Käufer des Pfandes findet es nicht statt. Es sind hier folgende Gesetzstellen vorzüglich merkwürdig:

L. 22. *Cod. de pignor. et hyp.* Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. et CC. *Antiochiano* Secundus creditor offerendo *priori* debitum *confirmat sibi pignus;* et a debitore sortem eiusque tantum usuras, quae fuissent praestandae, non etiam usurarum usuras accipere potest.

L. 1. *Cod. h. t.* Impp. SEVERUS et ANTONINUS AA. *Secundo.* Qui pignus secundo loco accepit,

commoda ex iure offerendi creditoribus hypothecariis secundis adversus priores competentia. *Altdorfii* 1780. *Christ. Gottl.* HAUBOLD Diss. de iure offerendi, ex quo in priorum creditorum locum succeditur. *Lipsiae* 1793. Von diesem ius offerendi, als einem modus ius pignoris confirmandi muß ein anderes ius offerendi unterschieden werden, dessen sich, als eines modus tollendi pignus, nicht nur der Schuldner, sondern auch ein jeder dritter Besitzer der Hypothek bedienen kann, um durch Befriedigung des Pfandgläubigers dessen Pfandrechte ein Ende zu machen und die hypothekarische Klage von sich abzuwenden. Von diesem ius. offerendi handeln *L.* 6. *D. de distr. pign. L.* 2. *et L.* 12 §. 1. *D. Quib. mod. pign. solv.* u. *L.* 19. *D. Qui pot. in pign.* S. HAUBOLD cit. Diss. Cap. I. §. 2. und Gesterding S. 267. f.

ita ius suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam solverit; aut cum obtulisset, isque accipere noluisset, eam obsignavit et deposuit, nec in usus suos convertit.

L. 5. *Cod. eodem.* Imp. ALEXANDER A. *Septimo.* Prior quidem creditor compelli non potest, tibi, qui posteriore loco pignus accepisti, debitum offerre: *sed si tu illi id omne, quod debetur, solveris, pignoris tui causa firmabitur.*

L. 4. *Cod. de his, qui in prior. creditor. locum succedunt.* Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. *Carpophoro.* Si *prior* respublica contraxit, fundusque ei est obligatus, *tibi secundo creditori offerendi pecuniam, potestas est, ut succedas etiam in ius reipublicae.*

L. 3. *pr. D. de distract. pignor. et hypothecar.* PAPINIANUS *libro III. Responsorum.* Cum prior creditor pignus iure conventionis vendidit, secundo creditori non superesse ius offerendae pecuniae convenit.

L. 1. *Cod. Si antiquior creditor pignus vendiderit.* Imp. ALEXANDER A. *Athenioni.* Si vendidisset, *qui ante pignus accepit*, persecutio tibi hypothecaria superesse non posset.

L. 3. *Cod. eodem.* Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. CC. *Theophilo.* Quominus creditor, qui *antea* pignus accepit, distrahat, *non offerendo secundus priori debitum interpellare non potest.*

Da alle diese Gesetze nur von einem nachstehenden Pfandgläubiger reden, welcher durch das ius offerendi sich sein Recht gegen alle Gefahr des Verlustes erhalten kann, so entsteht die Frage: ob nicht auch ein vorgehender Gläubiger gegen den nachgehenden Pfandgläubiger von diesem Rechte Gebrauch machen könne? Nach einer Stelle des Paulus, welcher in seinen *Sententiis receptis* Lib. II. Tit. 13. §. 8. sagt:

Novissimus creditor priorem oblata pecunia, quo possessio in eum transferatur, dimittere potest. *Sed et prior creditor secundum creditorem, si voluerit, dimittere non prohibetur, quamquam ipse in pignore potior sit*,

hätte die Bejahung dieser Frage keinen Zweifel. Daher behaupten auch mehrere Rechtsgelehrte [60]), jeder Pfandgläubiger habe gegen den andern das Recht des Auskaufes, mithin auch der bessere gegen den schlechteren Andere [61]) hingegen läugnen dieß aus dem Grunde, weil die Fragmente des Antejustinianeischen Rechts nicht gelten, in den Gesetzen des noch jetzt geltenden Justinianeischen Rechts aber jene Meinung nicht gegründet sey. Denn nach *L.* 2. §. 19. *Cod. de vet. iure enucleando*

60) Cujacius ad *Pauli* Sentent. Recept. Lib. II. Tit. 13. §. 8. in *Ant.* Schulting Iurisprud. vet. Antejustin. p. 286. Not. 38. Crusius cit. Tractat. Cap. VIII. §. 1. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCXXXI. med. 6. Berghoff Diss. cit. de successione hypothecaria. §. 53. Westphal Pfandrecht. §. 176. Not. 194. und Schweppe röm. Privatrecht 1. B. §. 322.

61) S. Becmann Diss. cit. §. 17.

soll Anderes nicht gelten, als was in den Sammlungen des Justinian. Rechts enthalten ist. Nec in iudicio, nec in alio certamine, ubi leges necessariae sunt, ex aliis libris, nisi ab iisdem Institutionibus, nostrisque Digestis, et Constitutionibus a nobis compositis, vel promulgatis aliquid vel recitare vel ostendere conetur: nisi temerator velit falsitatis crimini subjectus una cum judice, qui eorum audientiam patiatur, poenis gravissimis laborare. Crusius meint zwar auch in den Justinianeischen Gesetzbuche eine Stelle zur Begründung jener Meinung gefunden zu haben. Es ist die *L.* 3. §. 1. *D. h. t.* worauf er sich beruft. Allein sie redet zwar von einem ersten, aber nicht von einem vorgehenden Pfandgläubiger. Papinian, aus dessen *libro XI. Responsorum* diese Stelle entlehnt ist, sagt daselbst:

Cum ex causa mandati praedium Titio, cui negotium fuerat gestum, deberetur, prius quam ei possessio traderetur, id pignori dedit: post traditam possessionem idem praedium alii denuo pignori dedit. Prioris causam esse potiorem apparuit, si non creditor secundus pretium ei, qui negotium gesserat, solvisset. Verum in ea quantitate, quam solvisset, eiusque usuris, potiorem fore constaret: nisi forte prior ei pecuniam offerat. Quodsi debitor aliunde pecuniam solvisset, priorem praeferendum.

Der Fall, den hier Papinian entscheidet, ist, wie ihn Cujaz[62]) ganz richtig dargestellt hat, folgender: Ich

62) Commentar. in Libr. XI. Responsor. Papiniani ad L. 3. §. 1. D. h. t. *Oper. postumor.* Tom. I. pag. 486.

habe Dir den Auftrag gegeben, mir ein Grundstück zu kaufen. Der Kauf ist richtig abgeschlossen. Allein noch ehe mir das Grundstück übergeben worden war, gab ich schon dem Titius eine Hypothek darauf. Nachdem hierauf die Uebergabe erfolgt war, verpfände ich das nämliche Grundstück auch dem Cajus. Nun entstand die Frage, welcher von beiden Pfandgläubigern dem andern vorgehe? Kommt es hier blos auf die Priorität der Zeit an, so geht Titius vor. Denn war auch die Sache zur Zeit der ersten Verpfändung noch nicht mein Eigenthum, so hatte ich doch schon persönliche Ansprüche daran, mithin war die Verpfändung an sich nicht ungiltig[63]). Allein dieser Vorzug der Zeit entscheidet hier nur dann, wenn keiner der beiden Pfandgläubiger sein Geld zur Erwerbung der Sache geliehen, sondern ich das erkaufte Grundstück mit anderem Gelde bezahlt hätte. Denn gesetzt, Cajus, der zweite Gläubiger, hätte mir das Geld zur Bezahlung des Kaufpreises vorgeschossen, und sich deswegen auf dem Grundstück eine Hypothek bestellen lassen, so würde er nun dem ersten Pfandgläubiger vorgehen, in sofern sein Anlehn die Bedingung der Erwerbung war[64]). Nun ist aber auch, sagt Papinian, der Fall eingetreten, wo der erste Pfandgläubiger, weil er jetzt dem zweiten nachgehen müßte, sich des iuris offerendi bedienen kann. Ist nun aber auch gleich die aufgeworfene Frage in den Gesetzen des Justinianeischen Rechts nicht deutlich entschieden, so ist doch wenigstens nicht abzusehen, warum dem vorgehenden Gläubiger dieses Recht nicht zustehen sollte, wenn er ein

63) S. den 18. Theil dieses Commentars §. 1077. S. 201.

64) S. oben §. 1094. S. 303.

Interesse dabei haben sollte, sich desselben gegen den nachfolgenden Pfandgläubiger zu bedienen; z. B. er befindet sich in dem Besitze der Sache, woran auch ein späterer Gläubiger eine Hypothek hat, um dadurch die alleinige Hypothek an sich zu bringen. In diesem Falle trug auch schon die Glosse*) kein Bedenken, dem früheren Pfandgläubiger gegen den späteren das ius offerendi einzuräumen. Es läßt sich auch wirklich daraus, daß der erste Gläubiger nach *L.* 5. *Cod. h. t.* nur nicht gezwungen werden kann, den zweiten abzufinden, gewiß nicht ohne Grund schließen, daß ihm dagegen das Recht, den zweiten abzufinden, nicht zu versagen sey, wenn ihm daran gelegen seyn sollte, davon Gebrauch zu machen. Wäre aber der zweite Gläubiger im Besitz der Hypothek, und beide wollten sich ihres Rechts bedienen, so würde wohl nach der allgemein bekannten Regel der Besitzer dem Nichtbesitzer vorgehen[65]).

Einem blos chirographarischen Gläubiger steht hingegen das Eintretungsrecht auf keine Weise zu[66]). Solche Gläubiger können die hypothekarische Stelle eines Gläubigers nicht anders, als durch einen mit dem Schuldner errichteten Vertrag, wovon nachher die Rede seyn wird, oder dadurch erlangen, daß sie sich die Hypothek desjenigen

*) Ad L. 1. et 5. Cod. h. t.

65) S. *Ant.* Negusantius Tr. de pignorib. et hypothec. P. V. Membr. 3. nr. 18. pag. 41. sq.

66) *L.* 10. *Cod. h. t.* Berghoff cit. Diss. §. 24. et §. 30. *Ge. Melch.* de Ludolff Variar. Observation. for. P. I. Obs. 95. und Westphals Pfandrecht §. 172. und §. 175. Not. 193.

Gläubigers, dem sie seine Forderung bezahlen, förmlich abtreten lassen.

II. Das **ius offerendi** steht dem spätern Pfandgläubiger gegen einen jeden ihm vorgehenden Pfandgläubiger ohne Unterschied zu, das Pfandrecht desselben mag ein allgemeines oder ein besonderes, ein ausdrückliches oder stillschweigendes, ein privilegirtes oder gemeines seyn [67]). Es hat daher keinen Zweifel, daß es auch gegen den Fiskus [68]), so wie auch gegen die Ehefrau stattfinde, sofern nämlich die Ehe getrennt ist, und daher das Heirathsgut zurückgefordert werden kann [69]). Das Eintretungsrecht kann auch gegen einen solchen Pfandgläubiger ausgeübt werden, der sich selbst schon dieses Rechts gegen einen vorgehenden Gläubiger bedient hatte, wenn

67) S. Berghoff Diss. cit. §. 29. und Becmann Diss. cit §. 17.

68) Man beruft sich zwar gewöhnlich auf die *L.* 2. *Cod. de his, qui in prior. creditor. loc. succ.* Allein ob der Sohn, welcher für eine Schuld seines Vaters den Fiskus befriedigt hatte, auch Gläubiger seines Vaters gewesen sey, ist aus dem Gesetz eben so wenig, als die Art zu ersehen, wie der Sohn in die Stelle und Vorrechte des Fiskus eingetreten sey. Es kann daher auch eben so gut durch Cession geschehen seyn, wie *Iac.* Cujacius in Recitat. Solemn. in Cod. ad Tit. de his, qui in prior. cred. loc. dafür hält. Die *L.* 4. *Cod. eodem* redet von der Respublica, worunter das neuere röm. Recht auch die Städte versteht. S. Schweppe röm. Privatrecht 1. B. §. 63. Allein ist auch deshalb kein deutliches Gesetz vorhanden, so ist es doch schon genug, daß in Ansehung des Fiskus keine Ausnahme gemacht worden ist.

69) *L.* 10. *Cod. h. t.* Crusius de iure offerendi. Cap. 7.

ihm noch ein anderer Pfandgläubiger nachgeht[70]). Nicht minder ist es dem späteren Pfandgläubiger erlaubt, von diesem Rechte gegen den früheren Gläubiger auch alsdann noch Gebrauch zu machen, wenn der Schuldner demselben das Pfand an Zahlungsstatt überlassen[71]), oder der zweite Pfandgläuber es von dem ersten gekauft hat[72]). Dem vorgehenden Pfandgläubiger wird rechtlich auch der Bürge gleichgesetzt, welcher durch Befriedigung desselben seine Hypothek an sich brachte, wenn es auch mittelst eines Kaufes geschehen seyn sollte[73]). Denn er kann

70) *L.* 5. §. 1. *D. de distract. pignor.* Dieß lehrt auch schon die Natur der Sache, weil gegen den früheren Pfandgläubiger immer der spätere das Eintretungsrecht ausüben kann. S. BECMANN cit. Diss. §. 17. Westphal Pfandrecht §. 176. Not. 195. und Gesterding Pfandrecht S. 260.

71) *L.* 1. *Cod. Si antiquior creditor pignus vendiderit.* VIII. 20. Imp. ALEXANDER A. *Athenioni.* — Cum autem debitor *ipsi priori creditori eadem pignora in solutum dederit,* vel *vendiderit,* non magis tibi persecutio ademta est, quam si aliis easdem res debitor vendidisset. Sed ita persequens res obligatas audieris, si quod eidem possessori propter praecedentis contractus auctoritatem debitum est, obtuleris.

72) *L.* 6. *D. de distract. pignor.* Cum posterior creditor a priore pignus emit, non tam acquirendi dominii, quam servandi pignoris sui causa, intelligitur pecuniam dedisse. Et ideo offerri ei a debitore potest.

73) *L.* 2. *D. eodem.* Fideiussor conventus officio iudicis assecutus est, ut emtionis titulo praedium creditori pignori datum susciperet. Nihilominus *alteri creditori*, qui postea sub eodem pignore contraxit, *offerendae pecuniae, quam fideiussor dependit*, *cum usuris medii*

als Bürge weiter nichts als seine Schadloshaltung verlangen. Daher können sowohl die folgenden Gläubiger, als der Schuldner selbst, gegen Erstattung des Geldes, welches der Bürge bezahlt hat, von ihm das Pfand wieder abfordern[74]).

III. Der Pfandgläubiger, gegen welchen das ius offerendi ausgeübt wird, ist schuldig, die ihm angebotene Abfindung anzunehmen. Sollte er die Annahme verweigern, so kann der offerirende Pfandgläubiger das Geld gerichtlich deponiren, und diese Deposition wird dann der wirklichen Zahlung gleichgeachtet[75]). Es muß nur aber die Abfindung vollkommen, sowohl in Ansehung des Capitals, als der Zinsen und übrigen Accessorien der Hauptschuld geschehen, so weit sich nämlich das Pfandrecht mit darauf erstreckt[76]). Dagegen ist der offerirende Pfand-

temporis facultas erit. Nam huiusmodi venditio, transferendi pignoris causa, necessitate iuris fieri solet. — *L.* 5. §. 1. *D. de distract. pign.* Si secundus creditor vel *fideiussor* soluta pecunia pignora susceperint: *recte eis offertur, quamvis emtionis titulo ea tenuerunt.*

74) Westphal §. 177.

75) *L.* 11. § 4. *D. h. t.* *L.* 1. *Cod. eodem.* *L.* 9. *Cod. de solut.* Westphal §. 175. und Not. 193.

76) *L.* 18. *D. h. t.* Alles dieses, was der abfindende Pfandgläubiger zur Befriedigung des abgefundenen hypothekarischen Gläubigers bezahlt, fordert er dereinst von dem Schuldner wieder; er kann aber, sofern er durch Abfindung des vorgehenden Gläubigers nur sein eigenes Geschäft besorgt hat, von den für den Schuldner bezahlten Zinsen nicht wieder Zinsen fordern. *L.* 19. §. 6. *D. h. t.* *L.* 22. *Cod. de pignorib.* Westphal Pfandrecht §. 179.

gläubiger nicht verbunden, dem vorgehenden Pfandgläubiger, welcher sich im Besitze des Pfandes befindet, die chirographarischen Forderungen, wegen welcher derselbe das Pfand zurückzubehalten befugt gewesen wäre, zu bezahlen, weil der Pfandgläubiger von diesem Retentionsrechte nur gegen den Pfandschuldner und dessen Erben, nicht aber gegen einen Dritten Gebrauch machen kann[77]).

IV. Durch das ius offerendi geht das Recht des abgefundenen Pfandgläubigers auf den Offerenten ipso iure über, ohne daß es von Seiten des ersteren einer weiteren Cession bedarf. Zwar entsteht aus dem Eintretungsrechte ganz das nämliche Rechtsverhältniß, wie aus einer jeden Cession; denn es hört, seiner Eigenthümlichkeiten ungeachtet, doch nicht auf, ein Forderungsrecht zu seyn. Es entsteht daher auch zwischen dem Offerenten und dem Schuldner kein neues Obligationsverhältniß, sondern der Offerent tritt an die Stelle des dimittirten Gläubigers, und erhält nur gerade das Recht, welches dieser gehabt hat[78]). Allein von einer Verbindlichkeit zur Cession, und

77) *L.* 20. *D. h. t.* und *L. un. Cod. Etiam ob chirograph. pec.* Verb. Quod in secundo creditore locum non habet: nec enim necessitas ei imponitur, chirographarium etiam debitum priori creditori offerre. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IV. Spec. CCXXXI. medit. 9. Berghoff Diss. de successione hypothecar. §. 31. Becmann cit. Diss. §. 18. Gesterding Pfandrecht S. 259.

78) *L.* 16. *D. h. t.* Hieraus erklärt sich denn auch, warum der Offerent von den dem abgefundenen Gläubiger bezahlten Zinsen nicht wieder Zinsen fordern könne. *L.* 12. §. 6. *D. h. t.* *L.* 22. *Cod. de pignorib.*

von einem durch den Richter nöthigenfalls zu bewirkenden Zwange kann hier darum keine Rede seyn, weil des Ueberganges des Rechts auf den Offerenten, wofern dieser nur die ihm obliegenden Leistungen erfüllt, stets als etwas sich von selbst Verstehendes gedacht wird. Daher erwähnen auch die oben angeführten Gesetzstellen, welche von dem iure offerendi handeln, der Cession gar nicht, sondern erfordern nichts weiter, als die Zahlung, um den Uebergang zu bewirken, oder im Falle verweigerter Annahme der Zahlung eine gerichtliche Deposition, welche bekanntlich die Wirkungen einer wirklich geleisteten Zahlung hat[79]). Es ist demnach eine ganz unrichtige Ansicht, wenn mehrere Rechtsgelehrte[80]) zwischen dem creditor secundus, oder qui pignus secundo loco accepit, und den folgenden Gläubigern unterscheiden und bei den letzteren behaupten wollten, daß der dritte Gläubiger nur in Folge einer Cession an die Stelle des abgefundenen Gläubigers treten, jedoch letzterer zu dieser Cession genöthigt, oder dieselbe wenigstens im Falle der Widersetzlichkeit vom Richter für geschehen erklärt werden könne[81]). Die Gesetze kennen diesen Unterschied nicht. Sie sprechen nicht blos vom secundus creditor, son-

79) *L.* 1. *Cod. h. t.*

80) *Io. a* SANDE de actionum cessione. Cap. VI. §. 61. Westphal Pfandrecht §. 172. Not. 189. HAUBOLD cit. Diss. de iure offerendi Cap. III. §. 1. a. E.

81) Diese Meinung hat auch schon Gesterding im Pfandrecht §. 34. S. 261—269. ausführlich widerlegt. Außerdem aber ist hier noch vorzüglich zu vergleichen Mühlenbruchs Lehre von der Cession der Forderungsrechte. Greifswalde 1817. §. 44. S. 435—439.

dern auch ausdrücklich vom tertius, und auch dieser soll, sogar wenn er den primus creditor mit seinem Gelde abgefunden hat, durch diese bloße Abfindung an die Stelle des ersten in Ansehung der ihm bezahlten Summe treten. Paulus stellt dieß wenigstens als einen ganz unbestrittenen Grundsatz auf, wenn er *L.* 16. *D. h. t.*[82]) sagt:

Plane cum *tertius* creditor *primum* de sua pecunia dimisit, *in locum eius substituitur*, in ea quantitate, quam superiori exsolvit.

Die Regel, daß kein Recht ohne den Willen und das Zuthun desjenigen, dem es vorher zustand, auf einen Andern übergehen könne[83]), worauf man die Nothwendigkeit einer Cession auch beim Eintretungsrecht gründen wollte, leidet also hier offenbar eine Ausnahme, welche um so weniger auffallend seyn kann, da dieses Recht, wie Alle zugeben, auf einem iure singulari beruht.

82) Ueber diese Stelle des Paulus kann man übrigens Westphals Pfandrecht §. 172. Not. 189. S. 254. ff. und Becmann in Diss. de success. creditoris in alt. locum. §. 22. vergleichen.

83) *L.* 11. *D. de div. reg. iuris.* Id, quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest. Eben so weicht auch das ius offerendi von der Regel der *L.* 5. *Cod. de solut.* ab, wo K. Gordian rescribirt: Nulla tibi adversus creditorem alienum actio superest, eo quod ei debitam quantitatem offerens, ius obligationis in te transferri desideras, cum ab eo te nomen comparasse non suggeras, licet solutione ab alio facta nomine debitoris evanescere soleat obligatio.

V. Die Wirkung des Eintretungsrechts besteht also darin, daß der Offerent zwar desjenigen Pfandgläubigers Stelle und Recht erhält, welchen er mit seinem Gelde abgefunden hat; allein in Ansehung seiner eigenen Forderung, und der ihm dieserhalb schon vorher zugestandenen Hypothek behält er seinen vorigen Platz. Wenn daher zwischen ihm und dem abgefundenen Gläubiger noch ein anderer Pfandgläubiger in der Mitte steht, so geht der Offerent diesem in Ansehung seiner eigenen Forderung nach, weil die Rechte dieses Gläubigers durch die Ausübung des iuris offerendi nicht gekränkt werden dürfen[84]. Wäre hingegen der abfindende Gläubiger ein solcher, welcher auf den abgefundenen unmittelbar folgt, so hat er sich durch die Abfindung des vorgehenden Gläubigers ein Vorzugsrecht sowohl in Ansehung seiner eigenen Forderung, als auch derjenigen, welche er dem vorgehenden Gläubiger bezahlt hat, verschafft[85].

VI. Die Vortheile, welche das Eintretungsrecht gewährt, bestehen darin:

1) Der Offerent schützt durch Ausübung desselben sein Pfandrecht gegen die Gefahr, daß ihm sein ganzes Recht durch eine von dem vorgehenden Gläubiger beabsichtigte Veräußerung vereitelt werden möchte. Ohne Ausübung dieses Rechts würde er sonst den Verkauf des Pfandes nicht hindern können. So rescribiren die Kaiser Dio-

84) *L.* 16. *L.* 20. *D. h. t.* Hofacker Princip. iur. civ. T. II. §. 1217. und Gesterding S. 261.

85) *L.* 12. §. 6. *D. h. t. L.* 22. *C. de pignorib.* Ge. Frantzkius in Comm. ad Dig. h. t. nr. 70. et 71.

cletian und Maximian *L. 3. Cod. Si antiquior creditor pignus vendiderit.*

Quominus creditor, qui antea pignus accepit, distrahat, *non offerendo secundus priori debitum* interpellare non potest.

Insonderheit aber zeigt sich der Nutzen des Eintretungsrechts

2) in dem Falle, wenn der vorgehende Gläubiger eine General-Hypothek, der nachgehende aber nur eine Special-Hypothek hat, und ersterer die Special-Hypothek zu seiner Befriedigung wählt. Hier ist zur Rettung der Special-Hypothek das wirksamste Mittel, den vorgehenden General-Pfandgläubiger abzufinden [86]).

Dagegen kann aber auch

3) der spätere Pfandgläubiger durch das ius offerendi eine Veräußerung des Pfandes durchsetzen, wenn ihm der vorgehende Pfandgläubiger daran hinderlich ist[87]). Denn daß nun der nachgehende Gläubiger zur Veräusserung des Pfandes berechtigt sey, lehrt Marcian *libro singulari ad formulam hypothecariam*, wo er, wie die Worte der *L. 5. pr. D. de distractione pignorum* lauten, sagt:

Cum secundus creditor, oblata priori pecunia, in locum eius successerit, venditionem ob pecuniam solutam et creditam, recte facit.

86) S. Beck Diss. de successione creditorum. §. 6.

87) Westphal §. 180. Birkner Diss. cit. sist. praecipua commoda ex iure offerendi creditoribus hyp. secundis adv. priores compet. §. 9. und Gesterding S. 269. ff.

Eben dieß bestärkt auch eine Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian, nämlich *L.* 8. *Cod. h. t.*, wo sie folgendermaßen rescribiren:

Diversis temporibus eadem re duobus iure pignoris obligata, eum, qui prior data mutua pecunia pignus accepit, potiorem haberi, certi ac manifesti iuris est: nec alias secundum creditorem distrahendi potestatem huius pignoris consequi, nisi priori creditori debita fuerit soluta quantitas.

4) Auch dem Creditori priori würde das ius offerendi in dem Falle nützen, wenn er für den Schuldner bei einem der nachgehenden Gläubiger gut gesagt hat, gegen den ihn also seine frühere Hypothek nichts helfen würde. Hier kann er durch Abfindung desselben seine Hypothek an sich bringen und sich dadurch vor den späteren Pfandgläubigern ein Vorzugsrecht verschaffen. Der Fall kann sich bei der Ehefrau des Schuldners ereignen, welche für ihren Mann gutgesagt hat[88]). Endlich

5) kann auch der Offerent durch Abfindung der vorgehenden Gläubiger den Besitz des Pfandes erhalten und nun ein Retentionsrecht auch wegen anderer blos chirographarischer Forderungen gegen den Schuldner und dessen Erben ausüben, wenn sie das Pfand wieder einlösen wollen[89]).

88) S. Beck cit. Diss. §. 6.

89) *Sam. de* Cocceji iur. civ. controv. Lib. XX. Tit. 5. Qu 5. in App. de iure offerendi. §. 4. in fin. Birkner Diss. cit. §. 7. und Gesterding Pfandrecht S. 272.

Hieraus erklärt sich nun, wenn die Gesetze sagen, der Gläubiger, welcher vom iure offerendi Gebrauch macht, erhalte sich dadurch sein Recht (confirmat sibi ius suum)[90].

Man kann hiernächst

2) die hypothekarische Stelle eines Gläubigers auch mittelbar durch einen mit dem Schuldner eingegangenen Vertrag erlangen, welches auf dreierlei Art geschehen kann:

a) wenn man dem Schuldner Geld darleiht, um damit einen Pfandgläubiger abzufinden, und sich den Eintritt in die Pfandstelle des abgefundenen Gläubigers ausdrücklich ausbedingt. Es succedirt demnach nicht jeder, mit dessen Geld ein Pfandgläubiger abgefunden wird, schon deswegen in seine Stelle, sondern es muß dieß durch den Schuldner auf die Art bewirkt werden,

1) daß man demselben ausdrücklich das Geld in der Absicht vorschießt, daß dieser damit einen hypothekarischen Gläubiger befriedige, und dann

2) sich dabei zur ausdrücklichen Bedingung macht, daß man die Hypothek des abgefundenen Gläubigers erhalte und in dessen Stelle trete. Ist Beides conjunctim vorhanden, so tritt man ipso iure in die Stelle des mit unserem Gelde abgefundenen Gläubigers, sobald nämlich die Abfindung wirklich erfolgt ist, eben so ein, als wenn der jetzt abgefundene Gläubiger seine Hypothek

90) *L.* 22. *Cod. de pignorib.* *L.* 1. *Cod. Qui potior. in pign.*

cedirt hätte[91]). Folgende Stellen des röm. Rechts bestätigen die Wahrheit dieser Sätze:

L. 3. *D. Quae res pignori.* PAULUS libro 3. Quaestionum. ARISTO NERATIO PRISCO scripsit: etiamsi ita contractum sit, *ut antecedens dimitteretur*, non aliter in ius pignoris succedet, nisi con-

91) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 34. FABER Cod. definit. forens. Lib. VIII. Tit. 9. Def. 3. et 4. *Henr.* BORN Diss. de iure illius, cuius pecunia creditor alterius fuit dimissus. *Argentor.* 1668. Cap. I. §. 5. BECMANN Diss. de successione creditoris. §. 15. Westphal Pfandrecht §. 172. und Gesterding Pfandrecht §. 35. Daß man auf solche Art auch die Stelle eines persönlich privilegirten Gläubigers erlangen könne, lehrt *L.* 24. §. 3. *D. de rebus auct. iud. possid.* Zwar wird hier nicht gerade ein so ausdrücklicher Vertrag erfordert, wie bei dem Eintreten in das Pfandrecht eines Andern. Es muß aber doch auch hier das Geld dem Schuldner wenigstens unter der Bedingung gegeben und empfangen seyn, den privilegirten Gläubiger damit abzufinden, wie BECMANN a. a O. gegen CARPZOV P. I. Const. 28. Def. 134. gezeigt hat. Anders kann auch wohl die *L.* 2. *D. de cessione bonorum* nicht verstanden werden, wo Ulpian sagt: In personalibus actionibus, qui postea quidem contraxerunt, *verum ut pecunia eorum ad priores creditores proveniat*, in locum eorum succedunt. Denn daß das *verum ut* nichts Anderes heißen solle, als *ea intentione, ut* etc. lehren auch die *Basilica* Tom. I. Lib. IX. Tit. 5. Const. 2. pag. 524., wo die Worte griechisch folgendermaßen lauten: *οἱ δανείσαντες ἐφ᾽ ᾧ τοῖς πρώτοις δοθῆναι δανεισταῖς, ἐις τὸν τόπον ἀυτων ὑπεισέρχονται.* S. auch Mühlenbruch Lehre von der Cession der Forderungsrechte §. 44. S. 440. Not. 55.

venerit, *ut sibi eadem res esset obligata.* Neque enim in ius primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore; *quo casu emtoris causa melior efficietur*[92]), Denique si antiquior creditor de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit, posterior autem creditor de distrahendo omisit, non per oblivionem, sed cum hoc ageretur, ne posset vendere: videamus, an dici possit, hucusque transire ad eum ius prioris, ut distrahere pignus huic liceat[93])? Quod admittendum existi-

92) Diese Worte wollen, wie sie Cujaz in Commentar. in libr. III. Quaestion. Pauli ad h. L. (Operum a *Fabroto* editor. Tom. II. pag. 1007.) ganz richtig erklärt, so viel sagen, es sey besser, eine verpfändete Sache vom Schuldner zu kaufen, damit von diesem Kaufgelde der Gläubiger, welcher eine Hypothek darauf hat, befriedigt werde, als dem Schuldner das Geld zur Abfindung des Gläubigers vorzuschießen, weil man im ersteren Falle, auch ohne besonderen Vorbehalt, an des mit unserm Gelde abgefundenen Gläubigers Stelle tritt, nicht aber in dem letzteren. Der Grund dieses Unterschiedes beruht darin, weil sich in dem ersteren Falle, wo der Schuldner aufhört, Eigenthümer der Sache zu seyn, eher annehmen läßt, es sey der Wille des Schuldners gewesen, daß der Käufer in die Rechte des abgefundenen Gläubigers einträte, als in dem letztern Falle, wo das Pfand in des Schuldners Eigenthum verbleibt. Hier muß also das Eintreten des Abzufindenden in die hypothekarischen Rechte des mit des Ersteren Gelde abgefundenen Gläubigers zur ausdrücklichen Bedingung gemacht worden seyn. S. auch Westphals Pfandrecht §. 172. Not. 190. S. 261.

93) Diese Frage geht also auf den Fall, wenn sich der Abzufindende durch einen mit dem Schuldner eingegangenen Vertrag

mo. Saepe enim quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum petere potest.

L. 12. §. 8. *D. h. t.* MARCIANUS *libro singulari ad formulam hypothecariam.* A. Titio mutuatus pactus est cum illo, ut ei praedium suum pignori hypothecaeve esset; deinde mutuatus est pecuniam a Maevio, et pactus est cum eo, ut, si Titio desierit praedium teneri, ei teneatur. Tertius deinde aliquis dat mutuam pecuniam tibi, ut Titio solveres; et paciscitur tecum, ut idem praedium ei pignori hypothecaeve sit, et locum eius subeat. Num hic medius tertio potior est, qui pactus est, ut, Titio soluta pecunia, impleatur conditio, et tertius de sua negligentia queri debeat? Sed tamen et sic tertius creditor secundo praeferendus est.

die hypothekarische Stelle des abgefundenen Gläubigers ausbedungen hat. Hier tritt er nun auch in dessen Rechte ein. Hatte also der abgefundene Gläubiger sich durch einen Nebenvertrag ausbedungen, das Pfand bei ausbleibender Bezahlung der Schuld sogleich verkaufen zu dürfen, so geht auch diese Befugniß auf den eintretenden Gläubiger über, wenn dieser auch, als ein späterer Pfandgläubiger, einen ganz conträren Vertrag, nämlich das pactum, ne pignus venderetur, mit dem Schuldner abgeschlossen hätte. Nun hat er das Recht erworben, das Pfand zu verkaufen, welches er für seine Person nicht hätte verkaufen dürfen, wenigstens nicht ohne vorhergegangene dreimal vergebens geschehene Aufforderung des Schuldners zur Zahlung. So erklären sich denn nun auch die letztern Worte unserer Gesetzstelle.

Nach dieser Gesetzstelle soll ein Dritter, welcher bisher noch nicht Pfandgläubiger war, dem Schuldner aber zur Abfindung eines vorgehenden Pfandgläubigers Geld mit der Bedingung vorgeschossen hat, daß er dessen Hypothek und Stelle erhalte, sogar auch dann in dessen Stelle eintreten, wenn gleich schon ein anderer nachgehender Pfandgläubiger von dem Schuldner die Versicherung erhalten hätte, daß, wenn der vorgehende befriedigt und bezahlt seyn würde, er nun der erste Pfandgläubiger werden solle. Der neue Pfandgläubiger, mit dessen Gelde der erste abgefunden worden ist, soll auch in diesem Falle dem zweiten Pfandgläubiger vorgehen. Denn der abgefundene erste Pfandgläubiger hätte auch ohne Zustimmung des Schuldners gegen erhaltene Bezahlung sein Recht einem Dritten abtreten können, und der zweite Gläubiger hätte sich dieß gefallen lassen müssen. Nun wird die Abfindung desselben, welche durch Mitwirkung des Schuldners geschah, um so mehr einer Cession gleichgeachtet, je weniger die Erfüllung der Bedingung von der Willkühr des Schuldners abhing[94]).

L. 1. *Cod. de his, qui in priorum creditor. locum succ.* Impp. SEVERUS et ANTONINUS AA. *Marcellinae.* Non omnino succedunt in locum hypothecarii creditoris hi, quorum pecunia ad creditorem transit. Hoc enim tunc observatur, cum is, qui pecuniam postea dat, sub hoc pacto credat, *ut idem pignus ei obligetur et in locum eius succedat.* Quod cum in persona tua factum non sit, (iudicatum est enim, te pignora non accepisse) frustra

94) S. Westphals Pfandrecht §. 172. Not. 190. S. 259.

putas tibi auxilio opus esse constitutionis nostrae ad eam rem pertinentis[95]).

Daß auch die Einwilligung des Gläubigers erfordert werde, um dessen Stelle zu erhalten, wird in keinem der angeführten Gesetze erfordert[96]). Denn wird die Einwilligung des Gläubigers nicht erfordert, sondern der Uebergang seines Rechts auf den Andern als etwas sich von selbst Verstehendes betrachtet, wenn ein nachgehender Pfandgläubiger den ihm vorgehenden Gläubiger mit seinem Gelde abfindet, warum sollte hier die Einwilligung des abzufindenden Gläubigers erforderlich seyn, da ja der ganze Unterschied blos darin besteht, daß hier durch Vermittelung des Schuldners, welchem ohne Zweifel auch das Recht zusteht, seine Sache durch Befriedigung des Pfandgläubigers von der Hypothek desselben ganz frei zu machen, das geschieht, was beim iure offerendi der nachstehende Pfandgläubiger unmittelbar bewerkstelligt?

b) Wenn man dem Schuldner erlaubt, die uns verpfändete Sache zu veräußern, damit ein anderer Pfandgläubiger, dem an einer andern Sache des Schuldners ein Pfandrecht zusteht, mit dem Kaufgelde befriedigt

95) Welche Constitution hier gemeint sey, ob *L.* 1. *C. h. t.* oder die *L.* 10. §. 1. *D. Quae in fraud. cred.* angeführte, oder das gegenwärtige Rescript selbst, läßt sich mit Gewißheit nicht bestimmen. Das Letztere dünkt mir jedoch wahrscheinlicher zu seyn.

96) Das Gegentheil will zwar von SCHAEFER in Diss. de successione in hypothecam ex pacto cum debitore inito §. 6. behauptet werden; allein die Gesetze, worauf diese Meinung gegründet wird, *L.* 16. *pr. D. de pactis. L.* 7. *L.* 8. *Cod. de heredit vel actione vend.* gehören gar nicht hieher.

werde. Auch hier tritt man an die Stelle des Pfandgläubigers, der zwar nicht mit unserem Gelde, wohl aber durch den Preis einer uns verpfändet gewesenen Sache befriedigt worden ist, nämlich, wenn man sich das Pfandrecht und die Stelle des abzufindenden Gläubigers zugleich ausbedungen hat, wie aus folgender Gesetzstelle erhellt:

L. 12. §. 9. *D. h. t.* MARCIANUS *libro singulari ad formulam hypothecariam.* Si tertius creditor pignora sua distrahi permittit ad hoc, ut priori pecunia soluta, in aliud pignus priori succedat, successurum eum PAPINIANUS libro XI. Responsorum scripsit: et omnino secundus creditor nihil aliud iuris habet, nisi ut solvat priori et loco eius succedat.

Auch hier bedarf es keiner besonderen Cession der Rechte von Seiten des abgefundenen Pfandgläubigers, damit die Succession vor sich gehe; es muß nur der Gläubiger mit dem aus dem Verkaufe des Pfandes gelößten Gelde vollkommen befriedigt worden seyn[97]). Endlich

c) wenn man ein mit Hypotheken behaftetes Grundstück vom Schuldner kauft, so tritt man in das Pfandrecht derjenigen Gläubiger, die von dem Kaufgelde befriedigt worden sind, auch ohne daß es deshalb eines weiteren Vertrags mit dem Schuldner oder einer besonderen Cession bedarf, schon von selbst ein, und kann sich dann gegen Alle, die mit ihnen gleiche oder schwächere Rechte

97) Anderer Meinung ist zwar HAUBOLD in Diss. cit. de iure offerendi Cap. I. §. 3. u. Cap. III. §. 1. in fin. Man sehe aber Gesterding Pfandrecht. S. 278. ff.

haben, schützen[98]). Die letzteren haben indessen das Recht, dem Käufer der Hypothek sein Kaufgeld nebst den Zinsen der Zwischenzeit zu bezahlen, und können ihn dadurch nöthigen, die Sache wieder herauszugeben. Den Beweis hievon liefern folgende Gesetzstellen:

L. 3. *Cod. de his, qui in prior. credit. locum succ.* Imp. ALEXANDER A. *Valenti.* Si potiores creditores pecunia tua dimissi sunt, quibus obligata fuit possessio, quam emisse te dicis, ita ut pretium perveniret ad eosdem priores creditores, in ius eorum successisti; et contra eos, qui inferiores illis fuerunt, iusta defensione te tueri potes.

98) BACHOVIUS de pignorib. et hyp. L. IV. cap. 16. Westphal Pfandrecht §. 174. HAUBOLD Diss. de iure offerendi. Cap. III. §. 4. Gesterding S. 280. ff. und Mühlenbruch Lehre von der Cession der Forderungsrechte §. 44. S. 439. Einige Rechtsgelehrte wollen zwar behaupten, daß der Käufer der verpfändeten Sache die Abfindung der Gläubiger mit seinem Gelde auch hier bedingen müsse, z. B. MUDAEUS ad Tit. Dig. de pignor. et hyp. pag. 363. und HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1218. in fin. Allein diese Meinung streitet ganz offenbar gegen die *L.* 3. *D. Quae res pignori*, wo der Unterschied zwischen demjenigen, welcher vom Schuldner ein mit Hypothek beschwertes Grundstück kauft, und demjenigen, welcher dem Schuldner zur Abfindung eines Pfandgläubigers blos Geld vorgeschossen hat, gerade in diesem Punkte sehr bestimmt angegeben wird. Ueberdieß erfordern die im Text angeführten Gesetze weiter nichts, als daß mit dem Kaufgelde die hypothekarischen Gläubiger wirklich befriedigt worden sind. Die hier ganz vorzüglich entscheidende *L.* 3. *D. Quae res pignori* ist schon oben ad a. erklärt worden.

L. 17. *D. h. t.* PAULUS *Lib. VI. Responsorum.* Eum, qui a debitore suo praedium obligatum comparavit, eatenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit.

L. 3. §. 1. *D. de distract. pignor.* PAPINIANUS *libro III. Responsorum.* Si tamen debitor, non interveniente creditore, pignus vendiderit, eiusque pretium priori creditori solverit, emtori poterit offerri, quod ad alium creditorem de nummis eius pervenerit, et usurae medii temporis; nihil enim interest, debitor pignus datum vendidit, an denuo pignori obliget.

Uebrigens kann jeder Dritte, welcher ein Pfand besitzt, wenn er vom Pfandgläubiger belangt wird, gegen Bezahlung der Pfandschuld die Cession des Pfandrechts desselben von Rechtswegen fordern, und er kann dazu von dem Richter genöthigt werden [99]), ja es kann im Falle eines beharrlichen Ungehorsams von Seiten des Pfandgläubigers die Cession für geschehen erklärt, und dessen Pfandrecht ihm gerichtlich zugesprochen werden, welches ihm dann auch gegen spätere Pfandgläubiger zu statten kommen kann [100]). Er kann auch mittelst der exceptio doli [1]), welche man gewöhnlich die exceptio cedendarum actionum zu nennen pflegt, die Bezahlung der

99) *L.* 19. *D. h. t.* *L.* 12. §. 1. *D. Quib. mod. pign. vel hyp. solvit.*

100) BECMANN Diss. cit. §. 19.

1) *L.* 65. *D. de evictionib.*

Pfandschuld so lange zurückhalten, bis ihm die Rechte des Pfandgläubigers cedirt worden sind [2].

Es fragt sich aber, ob nicht der nachgehende Pfandgläubiger auch ohne Vertrag und ohne Cession einen Vorzug vor dem vorgehenden Pfandgläubiger durch ein obsiegliches Erkenntniß gegen denselben erhalten, und in dessen Stelle eintreten könne? Es lassen sich hier zwei Fälle denken. Der nachgehende Pfandgläubiger war entweder als Kläger gegen den vorgehenden aufgetreten, und hatte gegen diesen ein obsiegliches Urtheil erhalten, wodurch er für einen vorzüglicheren Gläubiger erklärt worden ist, oder er war, als Beklagter, blos von der hypothekarischen Klage des vorgehenden Pfandgläubigers durch das in die Rechtskraft übergegangene Urtheil des Richters freigesprochen worden. Im ersten Falle läßt sich die Frage aus dem Grunde bejahen, weil ein rechtskräftiges Erkenntniß unter den Partheien ein förmliches Recht macht [3]. Allein man setze, der Schuldner habe drei Gläubigern nach und nach ein Grundstück verpfändet, und der dritte hätte gegen den ersten das Prioritätsrecht erstritten. Kann hier der zweite Pfandgläubiger doch noch sein Prioritätsrecht gegen den dritten Pfandgläubiger geltend machen? Man sollte denken, dieß sey außer Zweifel, weil eine **res inter alios iudicata** einem Dritten nicht zum Nachtheile gereichen kann [4]. Allein müßte er diesem weichen,

2) *L.* 21. *Cod. de fideiussoribus.* (VIII. 41.) Westphals Pfandrecht §. 281.

3) *L.* 63. *D. de re iudicata. L.* 207. *D. de regulis iuris.* Becmann cit. Diss. §. 20.

4) *L.* 1. *D. de exceptione rei iudic.*

was würde ihm das gegen den ersten Pfandgläubiger erstrittene Prioritätsrecht helfen? Durch das richterliche Erkenntniß trat er in die Stelle des ersten Pfandgläubigers ein. Kann er also auch nicht in eigenem Namen mittelst der **exceptio rei iudicatae** den zweiten Pfandgläubiger ausschließen, so schließt er ihn doch *ex iure primi creditoris* aus, in dessen Stelle er durch das rechtskräftige richterliche Erkenntniß getreten ist; und es heißt hier, wie Paulus [5]) sagt: Saepe quod quis *ex sua persona* non habet, hoc *per extraneum* petere potest. Ganz anders verhält sich die Sache im zweiten Falle, wenn der nachgehende Pfandgläubiger, der sich in dem Besitze der verpfändeten Sache befindet, von dem vorgehenden in Anspruch genommen worden ist, und blos als Beklagter gegen ihn obgesiegt hat. Denn durch das Erkenntniß, welches ihn blos von dem Anspruche des Klägers freisprach, ist ihm noch keineswegs ein Prioritätsrecht zuerkannt worden; gewiß eben so wenig, als man behaupten kann, daß demjenigen das Eigenthum zugesprochen sey, welcher von der wider ihn angestellten Eigenthumsklage darum freigesprochen wurde, weil sich der Kläger am Beweise versäumt hatte [6]). Ist also zwischen ihm und dem besiegten Pfandgläubiger noch ein anderer vorhanden, so kann ihm das absolutorische Erkenntniß gegen diesen auf keine Weise zu statten kommen, als welches er nur gegen den gebrauchen kann, von dessen wider ihn erhobener Klage er entbunden worden ist. Er muß also, wenn der zweite Pfandgläubiger gegen ihn die hypo-

5) *L.* 3. *in fin. D. Quae res pign.*

6) *L.* 15. *D. de except. rei iudic.*

thekarische Klage angestellt hat, demselben das Pfand herausgeben. Wie aber, wenn jetzt der erste Pfandgläubiger, welcher den Prozeß wider den dritten Gläubiger verloren hatte, den zweiten, als den jetzigen Pfandbesitzer, in Anspruch nähme? Wäre er dazu befugt? ohne allen Zweifel. Denn durch die Entbindung des Beklagten in dem ersten, gegen diesen verlorenen Prozesse war ihm ja sein Recht nicht abgesprochen; von diesem Erkenntniß kann hier, als von einer res inter alios iudicata, keine Frage seyn. Er muß ihm daher, wenn er sein Prioritätsrecht gegen ihn besser, als gegen den dritten Pfandgläubiger auszuführen weiß, das Pfand wieder abtreten. Könnte sich's nun aber auch wohl der dritte Pfandgläubiger einfallen lassen, wegen des wider den ersten Pfandgläubiger erhaltenen obsieglichen Urtheils das Pfand von denselben wieder abzufordern? Keineswegs. Denn das für ihn günstige Urtheil sprach ihn blos von der Herausgabe des Pfandes frei. Jetzt ist ein anderes Rechtsverhältniß eingetreten. Der erste Pfandgläubiger ist nun Besitzer des Pfandes, und ist für den ersten Pfandgläubiger rechtskräftig erklärt. So wird nun die schwierige Stelle des Paulus ihr Licht erhalten, welche aus dessen libro 3. Quaestionum in der *L*. 16. *D*. *h*. *t*. folgendermaßen lautet:

Claudius Felix eundem fundum tribus obligaverat, Euthychianae primum, deinde Turboni, tertio loco alii creditori. Cum Euthychiana de iure suo doceret, superata apud iudicem a tertio creditore non provocaverat; Turbo apud alium iudicem victus appellaverat. Quaerebatur, utrum tertius creditor etiam Turbonem superare deberet,

qui primam creditricem; an, ea remota, Turbo tertium excluderet? Plane cum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit, in locum eius substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit. Fuerunt igitur, qui dicerent, hic quoque tertium creditorem potiorem esse debere: mihi nequaquam hoc iustum esse videbatur. Pone, primam creditricem iudicio convenisse tertium creditorem: et exceptione aliove quo modo a tertio superatam; numquid adversus Turbonem, qui secundo loco crediderat, tertius creditor, qui primam vicit, exceptione rei iudicatae uti potest? aut contra, si post primum iudicium, in quo prima creditrix superata est a tertio creditore, secundus creditor tertium obtinuerit, poterit uti exceptione rei iudicatae adversus primam creditricem? Nullo modo, ut opinor. Igitur nec tertius creditor successit in eius locum, quem exclusit: nec inter alios res iudicata alii prodesse, aut nocere solet, sed sine praeiudicio prioris sententiae totum ius alii creditori integrum relinquitur.

Wo ist nun nach einer richtigen Auslegung jener circulus inextricabilis, den Accursius[7]), und mit ihm auch mehrere neuere Rechtsgelehrte[8]) hier zu finden geglaubt haben, und hat man wohl noch nöthig, diesen Fall mit Leibnitz[9]) unter die casus perplexi zu zählen[10])?

7) Glossa ad. L. 16. D. h. t.

8) Beck Diss. de successione creditor. §. 16. et 17.

9) Diss. de casibus perplexis nr. 32.

10) Man sehe Westphal Pfandrecht §. 172. Not. 189. S. 254. ff. und Becmann Diss. cit. §. 20 — 22.

Es ist übrigens von den bisher vorgetragenen Grundsätzen in Ansehung des Fiskus keine Ausnahme zu machen, und daher die Meinung des Hellfeld ganz unrichtig, wenn er behauptet, wer dem Fiskus zahlt, trete immer schon von selbst in dessen Recht ein. Die Gesetze[11]) lehren uns das Gegentheil.

11) *L. 3. et L. 7. Cod. de privil. fisci.* Westphal a. a. O. S. 261. Thibaut System des Pand. Rechts. 2. B. §. 654.

Lib. XX. Tit. V.

De distractione pignorum et hypothecarum.

§§. 1098. u. 1099.

Wann findet Veräusserung des Pfandes statt?

Es gehört zu den wesentlichen und wichtigsten Wirkungen des Pfandrechts, daß es dem Gläubiger das Recht gibt, die verpfändete Sache zum Zwecke seiner Befriedigung zu verkaufen. Dieses Veräusserungsrecht ist dem Pfandrechte so wesentlich, daß es weder durch Vertrag, noch durch Testament, noch durch irgend eine Protestation des Schuldners, sondern nur allein durch Tilgung der Schuld verhindert werden kann[12]). Der Gläubiger kann dieses Recht auch ausüben, er mag die verpfändete Sache selbst besitzen oder nicht, ohne in dem letzten Falle nöthig zu haben, sich erst mittelst der actio hypothecaria den Besitz des Pfandes zu verschaffen, wie Viele[13]) behaupten

12) *L. 1. et 2. Cod. Debitorem venditionem pignoris impedire non posse. L. 8. Cod. de distract. pignor. L. 4. D. de pignerat. action.*

13) Bachov de pignor. et hypoth. Lib. III. Cap. 29. nr. 8. in fin. Westphal Pfandrecht §. 183. Not. 202. Allein man sehe Gesterding Lehre vom Pfandrecht §. 22. S. 139. ff.

wollen. Denn die Gesetze[14]) lehren uns, daß der Gläubiger sowohl das Faustpfand, als die Hypothek verkaufen könne. Es liegt ihm aber freilich in dem Falle, wo er das Pfand, welches er nicht besitzt, dem Käufer zu tradiren nicht vermag, die Pflicht ob, dem Käufer seine Rechte zu cediren, damit er in den Stand gesetzt werde, sich mittelst der actio hypothecaria selbst den Besitz der Sache zu verschaffen, wie uns Paulus *libro* 1. *Decretorum* lehrt, wenn er *L.* 13. *D. h. t.* sagt:

Creditor, qui iure suo pignus distrahit, ius suum cedere debet, et si pignus possidet, tradere utique debet possessionem.

Es darf nur aber in keinem Falle der Gläubiger eher zum Verkaufe des Pfandes schreiten, als wenn seine Forderung liquid und zahlbar, und der Schuldner **in mora** ist[15]). Verkauft der Gläubiger das Pfand, wenn der Schuldner bereit war, es einzulösen, so ist die Veräusserung nichtig[16]). Ist dem Schuldner ein Zahlungstermin im Vertrage oder vom Gesetze bestimmt, so muß dieser ganz verstrichen seyn, ehe das Pfand verkauft werden kann. Soll die Schuld in verschiedenen Terminen bezahlt werden, so kann, wenn einzelne Termine vergeblich verstrichen sind, noch nicht sogleich zum Verkaufe des Pfandes geschritten werden, sondern der Gläubiger muß warten, bis alle Termine verstrichen sind[17]). Ist keine

14) *L.* 7. *pr. D. h. t. L.* 2. 3. *et* 4. *Cod. eodem.*

15) *L.* 5. *Cod. h. t.*

16) *L.* 8. *Cod. eodem.*

17) *L.* 8. §. 3. *D. de pignerat. act.*

Zahlungszeit bestimmt, so muß der Schuldner durch Mahnung in moram versetzt werden.

Wenn nun hiernächst die Frage entsteht, ob sogleich zum Verkaufe des Pfandes geschritten werden könne, wenn der Schuldner in mora zu seyn angefangen hat, so sind hier folgende Fälle zu unterscheiden:

I. Es kann wegen des Verkaufs eine besondere Verabredung getroffen worden seyn, und diese kann entweder

1) darin bestehen, daß bei nicht erfolgter Bezahlung der Schuld sogleich das Pfand verkauft werden dürfe. Vermöge dieses Vertrags ist es unnöthig, den Schuldner erst nochmals an die Zahlung zu erinnern, oder die Absicht des Verkaufes anzukündigen, um zur Veräusserung des Pfandes schreiten zu können [18]). Solange jedoch das Pfand noch nicht verkauft ist, steht es dem Schuldner frei, dasselbe auch noch nach Ablauf der zur Zahlung bestimmten Frist bei dem Gläubiger einzulösen [19]). Es kann aber auch

2) verabredet werden, daß, der ausbleibenden Zahlung ungeachtet, das Pfand nicht verkauft werden solle. Ein solcher Vertrag hebt zwar das Veräusserungsrecht des Gläubigers nicht auf, hat aber doch die Wirkung, daß der Gläubiger nicht eher zur Veräusserung des Pfandes schreiten darf, als wenn er den Schuldner vorher noch dreimal vergebens zur Zahlung aufgefordert hat; sonst macht er sich eines Diebstahls schuldig, und die Veräusserung ist nichtig. Ubi vero convenit, sagt Ulpian *L.* 4. *in fin.*

18) *L.* 4. *D. de pignerat. act.*

19) *L.* 4. *Cod. eodem.*

De de pign. act. ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, *nisi ei ter fuerit denunciatum ut solvat, et cessaverit*[20]). Eben dieß bestätigt Pomponius *L.* 5. *D. eodem.* Idque iuris est, sive omnino fuerint pacti, *ne veneat*, sive in summa, aut conditione, aut loco contra pactionem factum sit. Die Weite dieser drei Termine ist nun zwar gesetzlich nicht bestimmt, es versteht sich indessen wohl von selbst, daß sie nicht gar zu kurz auf einander folgen dürfen. Daher behaupten Einige[21]), daß sie sämmtlich wenigstens einen Zeitraum von zwei Jahren füllen müßen. Allein Andere[22]) halten den Ablauf von zehn Tagen zwischen jeder geschehenen Anzeige oder Erinnerung des Schuldners schon für hinreichend, und gestatten daher dem Gläubiger den

20) *Herm.* Cannegieter Observation. iuris Rom. Lib. II. cap. 7. pag. 171. will statt nisi, *ne*, *si* lesen, und nach cessaverit das Wort *distrahet* hinzufügen, und nun dem Gesetze den Sinn beilegen, das Pfand dürfe in diesem Falle gar nicht verkauft werden, wenn auch gleich der Schuldner dreimal vergebens zur Zahlung aufgefordert, und mit dem Verkaufe des Pfandes bedroht worden wäre. Allein diese ganze Emendation beruht auf einem offenbaren Mißverstande, und hat die Leseart aller Handschriften und die Auctorität der Basiliken T. IV. pag. 2. gegen sich. S. *Hieron. de* Oroz de Apicibus iuris civ. L. II. cap. 3. nr. 8. sqq. Mit Ulpian stimmt auch Paulus Lib. II. Sentent. receptar. Tit. 13. §. 5. überein, wie Noodt Comm. ad Dig. Lib. XX. Tit. 1. §. *Postquam* pag. 442. gezeigt hat.

21) Carpzov P. I. Const. XXXII. Def. 37. nr. 5. sqq. u. Thibaut System des Pandectenrechts 2. B. §. 650.

22) *Hug.* Donellus de pignoribus et hyp. Cap. 12.

Verkauf des Pfandes nach dreißig Tagen[23]). Da die Gesetze hier nichts bestimmt haben, so muß die Bestimmung in vorkommenden Fällen dem Ermessen des Richters überlassen werden[24]).

Uebrigens gehen dergleichen Verabredungen auch auf die Erben über[25]).

II. Ist über den Verkauf des Pfandes nichts bestimmt, so muß der Gläubiger, ehe er zum Verkaufe des Pfandes schreiten darf, dem Schuldner zuvor anzeigen, daß er das Pfand verkaufen werde, wofern es der Schuldner nicht einlösen würde. Eine solche außergerichtliche Anzeige der Absicht des Verkaufs, verbunden mit der Aufforderung des Schuldners zur Zahlung, welche von dem Gläubiger schriftlich oder auch vor Zeugen dem Schuldner geschieht, wird hier denunciatio genannt, und war nicht nur bei der ehemaligen proscriptio pignoris nöthig, wie aus *L.* 4. *Cod. de distract. pignor.* erhellt, wo Kaiser Alexander folgendermaßen rescribirt:

> *Creditor hypothecas* sive *pignus cum proscribit*, *notum debitori facere*, et sibi bona fide rem gerere, et, quando licet, *testato* dicere debet,

sondern sie wird auch noch nach der Verordnung des Kaisers Justinian erfordert, ohnerachtet zu seinen Zeiten die

23) Arg. *L.* 21. §. 1. *D. de const. pecun. L.* 68. *et* 69. *D. de iudiciis.*

24) Vinnius Comment. ad §. 1. I. Quib. alienare licet. nr. 1.

25) *L.* 8. §. 4. *D. de pign. act.* Westphals Pfandrecht. §. 206.

proscriptio pignoris außer Gebrauch gekommen war, und fällt nur dann weg, wenn der Schuldner vom Richter zur Zahlung verurtheilt worden ist; jedoch muß der Gläubiger in dem einen Falle, wie in dem andern, noch zwei Jahre mit dem Verkaufe des Pfandes warten. Justinian sagt nämlich in der *L. 3. pr. Cod. de iure dominii impetrando*:

Vetustissimam observationem, quae nullatenus in ipsis rerum claruit documentis, penitus duximus amputandam, immo magis clarioribus remediis corrigendam. Igitur in pignoribus, quae iure dominii possidere aliquis cupiebat, *proscriptio publica* et *annus* luitionis antiquitus introducti sunt; *pignus* autem *publice proscriptum* neque vidimus, neque nisi tantummodo ex librorum recitatione audivimus.

§. 1. Sancimus itaque, si quis rem creditori suo pignoraverit, siquidem in pactione cautum est, quemadmodum debet pignus distrahi, sive in tempore, sive in aliis conventionibus, ea observari, de quibus inter creditorem et debitorem conventum est. *Sin autem nulla pactio intercesserit, licentia dabitur foeneratori, ex denunciatione vel ex sententia iudiciali, post biennium, ex quo attestatio missa*, vel sententia prolata est, numerandum, eam vendere.

Einige Rechtsgelehrte[26]) wollen zwar dieses Gesetz nur von dem Falle verstehen, wenn kein Zahlungstermin

26) Mevius Tom. II. P. VIII. Decis. 268. Erxleben Princip. de iure pignor. §. 180. Gesterding Lehre vom Pfandrecht S. 149. ff.

bestimmt ist, und dann sey auch diese denunciatio nichts Anderes, als eine gewöhnliche Mahnung, um den Schuldner in moram zu versetzen. Allein da Justinian in dieser Verordnung eine Form vorschreiben wollte, welche beim Verkaufe des Pfandes in dem Falle zu beobachten seyn sollte, wo durch Vertrag nichts darüber festgesetzt worden wäre, so muß auch die Denunciation dazu gerechnet, und nach der Absicht des Gesetzes angenommen werden, daß sie in jedem Falle erforderlich sey, es mag ein Zahlungstermin festgesetzt seyn, oder nicht; zumal da Justinian die denunciatio auch nach zwei Jahren nochmals wiederholt wissen will, ehe sich der Gläubiger das Pfand eigenthümlich zuschlagen lassen darf. Man sieht dieß noch deutlicher aus dem Grunde, welchen Justinian §. 1. *I. Quib. alienare licet* in Beziehung auf diese Constitution anführt, wenn er sagt: *Sed ne creditores ius suum persequi impedirentur*, *neque debitores temere suarum rerum dominium amittere videantur*, nostra Constitutione consultum est, et certus modus impositus est, per quem pignorum distractio possit procedere, cuius tenore utrique parti creditorum et debitorum satis abundeque provisum est. Vor Justinian war in dem Falle, wo über die Veräußerung des Pfandes nichts festgesetzt wurde, sogar eine dreimalige Denunciation erforderlich, ehe der Gläubiger zur Veräußerung des Pfandes schreiten konnte, wie Paulus lehrt, wenn er *Sententiar. receptar.* lib. II. Tit. 5. §. 1. sagt: Creditor si simpliciter sibi pignus depositum distrahere velit, *ter ante denunciare debitori suo debet*, *ut pignus luat*, *ne a se distrahatur*. Dieses ältere Recht ist aber durch Justinians Constitution abgeändert.

Daher stimmen auch die meisten sowohl älteren als neueren Rechtsgelehrten[27]) darin mit einander überein, daß dem Verkaufe eine denunciatio distractionis vorausgehen müsse.

Nach den Worten des Gesetzes soll nun zwar der Gläubiger, nachdem er dem Schuldner die Anzeige gemacht hat, oder derselbe vom Richter zur Zahlung verurtheilt worden ist, noch zwei Jahre lang mit dem Verkaufe des Pfandes Anstand nehmen; gleichwohl sind viele Rechtsgelehrte[28]) der Meinung, daß, weil ein solches langes Warten für den Gläubiger gar zu hart seyn würde, das Gesetz nur von dem Falle verstanden werden könne, wenn sich der Gläubiger selbst das Eigenthum des Pfandes zuschlagen lassen will. Man hält daher das Abwarten zweier Jahre nach geschehener Denunciation wenigstens in dem Falle nicht mehr für nöthig, wo sich sogleich ein annehmbarer Käufer findet[29]). Dem sey indessen, wie ihm wolle, so ist wenigstens so viel gewiß, daß die Vorschrift des

27) *Iac.* Cujacius Observation. Lib. V. cap. 31. *Hug.* Donellus Comment. ad Tit. Cod. de iure dominii impetrando nr. 2. Hofacker Princip. iur. civ. T. II. §. 1193. Thibaut System des Pandectenrechts 2. B. §. 650. Günther Princip. iur. Rom. priv. noviss. T. II. §. 680. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 812. Schweppe röm. Privatrecht 1. B. §. 286. Weber zu Höpfners Commentar über die Institutionen §. 420. Not. 1.

28) Donellus de pignorib. Cap. 12. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 1. Connanus Comment. iur. civ. Lib. IV. cap. 15.

29) Brunnemann Comm. ad L. ult. Cod. de iure dominii impetr. Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 7. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 420. Nr. 3.

Kaisers Justinian nur von einem Privatverkaufe der Pfänder gilt, welchen der Gläubiger für sich vornehmen kann; denn bei einem gerichtlichen Verkaufe wird die Abwartung eines Bienniums vor dem Zuschlage nicht für nöthig gehalten [30]).

§. 1100.

Gesetzliches Verfahren des Gläubigers beim Verkaufe des Pfandes.

Der Gläubiger muß nun beim Verkaufe des Pfandes redlich zu Werke gehen [31]). Er darf daher das Pfand weder selbst, noch durch einen Andern für sich kaufen, weil dabei eine Gefährde vermuthet wird. Ist es dennoch geschehen, welches jedoch dem Schuldner zu beweisen obliegt, so ist die Veräußerung nichtig, und die Sache bleibt in ihrem vorigen Zustande, d. h. sie bleibt verpfändet, oder es kann auch der Schuldner unter Anbietung des Geldes nebst den Zinsen auf Restitution des Pfandes klagen.

L. 10. *Cod. h. t.* Impp. DIOCLETIAN. et MAXIMIAN. AA. et CC. *Rufino.* Et qui sub imagine alterius personae, quem supposuerat, iugiter tenet, cum sibi negotium gerat, alienasse non videtur. *Iure enim pignoris obligatum praedium, neque si per subiectam personam creditor comparaverit, ne-*

30) S. *Hartm.* PISTORIS Quaest. iur. P. III. Quaest. 18. nr. 11. sqq. und MEVIUS Decision. Tom. II. Part. VII. Decis. 310. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1193. nr. I. Thibaut Syst. d. Pand. Rechts 2. B. §. 650. a. E.

31) *L.* 4. *Cod. h. t.* *L.* 9. *C. eodem.*

que si sibi addixerit, debitori affert praeiudicium, sed in eadem causa permanet, in qua fuit ante huiusmodi collusionem. Sane si debitore distrahente comparaverit, consensu emtionem perfectam, si neque dolus adversarii, neque metus causa gesta arguentur, revocari exemplo grave est. Si igitur poteris evidentibus probationibus monstrare, creditorem *per suppositam imaginarii emtoris personam* semper possessionem tenuisse, nec vendita bona fide praedia postea sinceriter comparasse, *potes oblata pecunia cum usuris, ad restitutionem creditorem compellere*[32]).

Ein Anderes wäre es, wenn es auf Verlangen und mit Einwilligung des Schuldners geschähe, daß der Gläubiger das Pfand für einen bestimmten Preis käuflich übernimmt. Hier kann es der Schuldner nachher nicht wieder zurückfordern*).

Der Gläubiger darf auch das Pfand nicht verschleudern, sondern muß es um einen billigen Preis verkaufen[33]). Denn er wird als Mandatar des Schuldners angesehen, und muß daher auch überall auf dessen Vortheil bedacht seyn[34]). Daß das Pfand öffentlich an den Meistbietenden verkauft werde, ist zwar immer das Sicherste, wird aber doch nach dem neuern röm. Rechte nicht

32) S. Westphal Pfandrecht §. 193.

*) *L.* 34. *D. de pign. act.*

33) *L.* 3. *Cod. Si vendito pignore agatur.* (VIII. 30.)

34) *L.* 29. *in fin. D. Famil. ercisc.* Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 818. und Thibaut System des Pandectenrechts 2. B. §. 651.

mehr zur Form des Verkaufs nothwendig erfordert [35]). Denn die proscriptio pignorum, d. h. die Feilbietung der Pfänder durch öffentliche Anschläge [36]), war schon zu Justinians Zeiten außer Gebrauch [37]). Dennoch behaupten viele Rechtsgelehrte [38]), Justinian habe nur bei der impetratio dominii a Principe die proscriptio publica pignoris aufgehoben; außerdem müsse der Verkauf des Pfandes von dem Gläubiger durch öffentliche Feilbietung geschehen [39]). Ist die Veräußerung des Pfandes auf eine rechtswidrige Art geschehen, so kommt es darauf an, ob es entweder dem Gläubiger an der Befugniß zur Veräußerung noch zur Zeit fehlte, oder ob er bei dem Verkaufe wesentliche Erfordernisse in Ansehung der gesetzlichen Form außer Acht gelassen, oder ob er sonst treulos gehandelt hat. Im ersten und andern Falle ist die Alienation nichtig, und der Schuldner kann die Sache vindiciren [40]). In dem letzteren Falle hingegen ist

35) Gesterding Pfandrecht §. 23. S. 151. Schweppe röm. Privatrecht 1. B. §. 286.

36) Man sehe Brissonius Selectar. ex iure civ. Antiquitat. Lib. III. cap. 8.

37) *L. 3. pr. Cod. de iure dominii impetr.*

38) Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 5. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 5. Hofacker Princ. iur. civ. T. II. §. 1193. Thibaut Syst. des Pand. Rechts 2. B. §. 651. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 817.

39) *L. 4. L. 9. Cod. h. t. L. 3. Cod. de exec. rei iudic.*

40) *L. 65. D. de rei vindicat. L. 5. et L. 8. C. h. t. L. 2. Cod. Si vend. pign. agat.* Thibaut 2. B. §. 650. Gesterding Pfandrecht §. 25.

die Veräußerung an sich nicht ungiltig, sondern sie begründet zunächst nur einen Entschädigungsanspruch an den Gläubiger [41]); kann sich aber der Schuldner an diesem nicht erholen, so kann er, wenn der Käufer um das unredliche Verfahren wußte, gegen denselben auf Rescission des Kaufs klagen, und die verkaufte Sache mit den Früchten gegen Herausgabe des Kaufgeldes mit den Zinsen zurückfordern, auch sonstigen Schadens-Ersatz verlangen.

L. 1. *Cod. Si vendito pignore agatur.* ALEXANDER A. *Agrippae.* Praeses provinciae aditus, si fuerit probatum, tuum creditorem, cui ius distrahendi pignora fuit, dolo malo fundum vendidisse; quanti tua interest, restituere tibi eundem creditorem iubebit. Quod si de bonis creditoris condemnati solvi pecunia non potuerit, et probatum fuerit, emtorem mala fide emisse, offerente te pecuniam cum usuris, quanti fundus venit, restituere tibi fundum cum fructibus malae fidei emtorem iubebit.

L. 3. *Cod. eodem.* Idem A. *Claudio.* Si uxor tua Praesidi provinciae probaverit, cum aureos triginta deberet, servos suos amplioris pretii per gratiam aureis viginti creditorem vendidisse, eumque solvendo non fuisse, iubebit emtores, recepto pretio, restituere servos.

L. 4. Im CORDIANUS A. *Eudemo.* Cum contra bonam fidem venditionem obligatae possessio-

41) *L.* 4. 7. 9. *et* 10. *Cod. h. t.* Dem Schuldner steht deshalb die actio pigneratitia directa gegen den Gläubiger auf Leistung des Interesse zu.

nis a creditore factam alleges, non observatis, quae in distrahendis pignoribus celebrari consueverunt, adito Praeside provinciae experire actione competenti non tantum adversus creditorem, verum etiam adversus possessorem, si fraudem eum participasse cum creditore docere potueris, ut revocatis, quae mala fide gesta constiterit, et fructuum ratio, et damni, quod irrogatum apparuerit, habere possit.

Ist hingegen der Käufer in bona fide, so findet gegen ihn keine weitere Klage statt; höchstens könnte dann nur ex Lege 2. Cod. de rescindenda venditione geklagt werden[42]). Auch der Erbe des Pfandgläubigers haftet für den Schaden.

L. 5. *Cod. eodem.* Impp. DIOCLETIAN. et MAXIMIAN. AA. et CC. *Noniae.* Si creditore pignus, priusquam ei satisfieret, distrahente, non per collusionem emtor comparaverit, successor eius de superfluo[43]), non emtoris heres, qui rem possidet, conveniendus est.

Die Wirkungen einer vom Gläubiger auf die gehörige Art geschehenen Veräußerung des Pfandes bestehen darin:

1) durch den Verkauf des Pfandes wird die Pfandverbindlichkeit aufgehoben, und der Gläubiger verliert

42) S. Westphals Pfandrecht §. 220.

43) *Superfluum* heißt hier das, was das Pfand mehr werth ist, und um wie viel höher es hätte verkauft werden können, wenn der Gläubiger ehrlich dabei zu Werke gegangen wäre. S. Westphal a. a. O. Not. 244. S. 319.

nach erfolgter Uebergabe alle seine Ansprüche an der Sache[44]). Dagegen rechnet derselbe das Kaufgeld auf seine Forderung ab, und sucht daraus wegen Kapitals, Zinsen und Kosten seine Befriedigung zu erhalten[45]). Beträgt die Kaufsumme mehr, als die Forderung des Gläubigers ausmacht, so muß der Ueberschuß (hyperocha), und zwar, wenn ihn der Gläubiger benutzt hat oder in mora ist, mit Zinsen an den Schuldner herausgegeben werden[46]). Ist hingegen aus dem Verkaufe des Pfandes nicht soviel gelöst worden, als zur Befriedigung des Gläubigers hinreicht, so bleibt zwar der Schuldner, so wie auch dessen Bürge, wegen dieses Restes nach wie vor verhaftet, es kommt ihm aber deshalb nur eine persönliche Klage zu[47]). Eben dieß gilt auch in dem Falle, wenn der Gläubiger von dem Käufer die Bezahlung des Kaufgeldes nicht erhält und dabei außer aller Schuld ist[48]).

2) Der Schuldner verliert das Eigenthum, als welches nun der Käufer durch die Uebergabe der Sache er-

44) *L.* 15. *Cod. h. t.* Westphal §. 209.

45) *L.* 35. *pr. D. de pigner. act.*

46) *L.* 6. §. 1. *L.* 7. *L.* 24. §. 2. *L.* 42. *D. de pignerat. act.*

47) *L.* 3. *C. h. t.* *L.* 9. §. 1. *D. eodem.*

48) *L.* 9. *pr. D. h. t.* Quaesitum est, si creditor ab emtore pignoris pretium servare non potuisset, an debitor liberatus esset? Putavi, si nulla culpa imputari creditori possit, manere debitorem obligatum, quia ex necessitate facta venditio non liberat debitorem, nisi pecunia percepta.

hält [49]). Ersterer kann sich auch keines Wiedereinlösungsrechts bedienen [50]), wofern es ihm nicht beim Verkaufe ausdrücklich vorbehalten wurde [51]). Doch sind zwei Fälle

49) *L. 4. pr. D. de pign. act. L. 46. D. de acquir. rer. dom. L. 15. Cod. h. t.* So lange jedoch die Uebergabe nicht erfolgt ist, verbleibt dem Schuldner noch das Eigenthum, und dem Gläubiger sein Pfandrecht. Der Käufer kann blos mit einer persönlichen Klage die Uebergabe verlangen. *L. 13. Cod. h. t.* S. Gesterding Pfandrecht §. 24. S. 162. Beides wacht auch wieder auf, wenn der geschlossene Handel rückgängig wird. *L. 10. §. 1. D. Quib. modis pignus. L. 18. C. h. t.* Westphals Pfandrecht §. 209. u. 210.

50) *L. 2. Cod. Si antiquior. creditor.* Obligata pignoris iure creditore recte distrahente, post debitor emtori pretium offerens, vel creditori, quod debuit, evincere non potest.

51) *L. 13. pr. D. de pign. act. L. 7. pr. et §. 1. D. h. t.* Der Schuldner muß sich dann, wenn er sein Einlösungsrecht geltend machen will, die Klage von dem Gläubiger, der ihm beim Verkaufe des Pfandes dieses Recht vorbehielt, cediren lassen. Es muß nur, wenn dazu eine gewisse Zeit gesetzt worden ist, diese nicht versäumt werden. Marcian sagt L. cit. 7.: Si creditor pignus vel hypothecam vendiderit hoc pacto, *ut liceat sibi reddere pecuniam, et pignus reciperare:* an, si paratus sit debitor reddere pecuniam, consequi id possit? et Iulianus *libro XI. Digestorum* scribit, recte quidem distractum esse pignus; caeterum agi posse cum creditore, ut si quas actiones habeat, eas cedat debitori. Sed quod Iulianus scribit in pignore, idem et circa hypothecam est. §. 1. Illud inspiciendum est, an liceat debitori, si hypotheca venierit, pecunia soluta eam recuperare? Et si quidem ita venierit, *ut, si intra certum tempus a debitore pecunia soluta fuerit, emtio rescin-*

ausgenommen, wo dem Schuldner das Recht der Wiedereinlösung auch ohne Vorbehalt zusteht, a) wenn sich der Gläubiger in Ermangelung eines annehmbaren Käufers das Eigenthum des Pfandes hat zuschlagen lassen[52]. b) Wenn die Sache von einem nachgehenden Pfandgläubiger gekauft ist, oder ein Bürge das Pfand gegen Bezahlung der Schuld an sich gebracht hat. Hier wird rechtlich angenommen, der Kauf sey nicht sowohl darum geschehen, um das Eigenthum der Sache zu erwerben, als blos um seine Forderung und sein Pfandrecht zu erhalten. Darum kann hier der Schuldner das Pfand wieder einlösen[53]). Außerdem aber können auch Restitutionsursachen zuweilen den Schuldner gegen Erstattung des Kaufpreises zur Zurückforderung berechtigen, z. B. Minderjährigkeit[54]).

datur, intra illud tempus pecunia soluta recipit hypothecam: si vero tempus praeteriit, aut si non eo pacto res venierit, non potest rescindi venditio. Nach dem neueren Rechte würde der Schuldner gegen den Käufer auch ohne Cession actione utili klagen können. S. Westphals Pfandrecht §. 219. Not. 243. S. 317.

52) *L.* 3. §. 3. *Cod. de iure dominii impetr.*

53) *L.* 5. §. 1. *D. h. t.* Si secundus creditor vel fideiussor, soluta pecunia, pignora susceperint, recte eis offertur, quamvis emtionis titulo ea tenuerunt. *L.* 6. *D. eodem.* Cum posterior creditor a priore pignus emit, non tam acquirendi dominii, quam secundi pignoris sui causa intelligitur pecuniam dedisse. Et ideo offerri ei a debitore potest.

54) *L.* 7. §. 1. *in fine D. h. t.*

3) Wird dem Käufer das verkaufte Pfand entwährt, so ist der Gläubiger, der ihm das Pfand als ein solches (iure creditoris, lege pignoris) verkaufte, zu keinem Ersatz verbunden[55]), sondern der Käufer muß sich deshalb an den Schuldner halten, dessen Sache es war, welche ihm verkauft ward, nicht anders, als wenn dieser das Pfand ihm selbst verkauft hätte. Der Käufer kann daher actione emti utili gleich gegen den Schuldner selbst auf Evictionsleistung klagen, wofern er sich nicht von dem Gläubiger, der ihm das Pfand verkauft hat, die actio pigneratitia contraria cediren lassen will[56]). Es gibt indessen Ausnahmen, wo auch der Pfandgläubiger selbst wegen der Entwährung haftet. Dahin gehört,

1) wenn der Gläubiger das Pfand nicht iure creditoris, als Pfandgläubiger, sondern iure communi verkauft hat, wie Paulus in der *L.* 59. §. 4. *D. Mandati* sich ausdrückt, d. h.

55) *L.* 1. *Cod. Creditorem evictionem pignoris non debere.* Cum iure creditoris propter fisci debita praedium obligatum Procurator meus venundedit, *evictio non debetur*, quia et privatus creditor eodem iure utitur. — *L.* 10. *D. h. t.* Qui lege pignoris emit, *ob evictionem rei redire ad venditorem non potest.* — *L.* 11. §. 16. *D. de act. Emti et Vend.* Sententiam IULIANI verissimam esse arbitror in pignoribus quoque; nam si iure creditoris vendiderit, deinde haec fuerint evicta, non tenetur, nec ad pretium restituendum ex emto actione creditor: hoc enim multis constitutionibus effectum est. S. *Henr.* HILDEBRAND Diss. de evictione pignoris praestanda. *Altorffii* 1704.

56) *L.* 12. §. 1. *D. h. t.* *L.* 38. *D. de evict.*

a) wenn er, wie ein gemeiner Verkäufer, sich wegen der Evictionsleistung verbindlich gemacht hat, oder, wie es *L.* 2. *Cod. Creditorem evictionem pignoris non debere* heißt: Si, cum vendidit, de evictione rei promisit. So versteht Cujaz[57]) den Ausdruck: iure communi, oder

b) wenn er das Pfand als seine eigene Sache verkauft hat, wie den gedachten Ausdruck die Meisten[58]) erklären.

In diesen Fällen kann jedoch der Gläubiger, wenn er den Käufer entschädigt hat, mit der actio pigneratitia contraria seinen Regreß gegen den Schuldner nehmen[59]).

2) Wenn der Gläubiger zur Zeit des Verkaufs von dem Rechte des Dritten, welcher die Sache entwährt hat, unterrichtet war[60]). Hier fällt der Regreß gegen den Schuldner weg[61]).

57) Recitat. solemn. ad Lib. VIII. Cod. Tit. *Creditorem evictionem pignoris non debere.*

58) Voet Comm. ad Pand. Lib. XXI. Tit. 2. §. 5. Westphals Pfandrecht §. 214. Not. 237. Gesterding Lehre vom Pfandrecht §. 24. S. 167.

59) *L.* 8. §. 1. *L.* 22. §. 4. *D. de pign. act.* Westphal Pfandrecht §. 214. S. 311. und diesen Commentar Th. 14. §. 873. S. 138. ff.

60) *L.* 2. *Cod. Credit. evict. pign. non debere. L.* 11. §. 16. *D. de act. emti et vend.*

61) Nam nemo ex dolo suo consequitur actionem. *L.* 12. §. 1. *D. de furtis.* S. Cujacius c. l. §. *Nunc tractemus* etc.

3) Wenn der Verkäufer ein jüngeres Pfandrecht hatte, und die Entwährung von einem älteren Pfandgläubiger geschehen ist. Denn dafür muß immer der Gläubiger dem Käufer stehen, daß er ein Recht zum Verkaufe des Pfandes hatte [62]).

4) Wenn er wesentliche Requisite bei dem Verkaufe des Pfandes nicht beobachtet, und der Schuldner selbst die Sache vindicirt hat [63]). In diesem Falle dauert jedoch das Pfandrecht des Gläubigers fort [64]), so wie in den Fällen, wo der Gläubiger dem Käufer die Gewähr hat leisten müssen, seine Forderung an den Schuldner wieder auflebt, weil er nun seine Befriedigung durch den Verkauf des Pfandes nicht erhalten hat [65]).

§. 1101.

Verfahren beim gerichtlichen Verkaufe eines Pfandes. Wie, wenn die Sache keinen annehmbaren Käufer findet? Zuschlag an den Pfandgläubiger.

Obwohl der gerichtliche Verkauf des Pfandes immer der sicherste ist, so hängt es doch, wenn das Pfand ein

62) *L.* 1. *Cod. Creditor. evict. pign. non deb.* Hoc utique praestare debet, qui *pignoris* iure vendit, *potiorem se ceteris esse creditoribus.*

63) Voet Comm. ad Pand. Lib. XXI. Tit. 2. §. 5. in fin.

64) Gesterding Pfandrecht §. 25. S. 172.

65) *L.* 12. §. 1. *D. de distract. pign.* Sic actione ex emto conventus praestitisset creditor emtori, debitum persequi eum a debitore posse, quia apparuit non esse liberatum. Er kann jedoch von der Zeit, während welcher er das Kaufgeld nutzte, keine Zinsen fordern. *L.* 23. *D. de pign. act.*

pignus voluntarium ist, von der Willkühr des Gläubigers ab, ob er es gerichtlich oder außergerichtlich verkaufen will[66]). Denn weder in dem Titel der Pandecten noch in dem des Codex, welche von der Distraction der Pfänder handeln, geschieht des gerichtlichen Verkaufs Erwähnung, und eben so wenig unterscheiden auch die Gesetze zwischen Faustpfändern und Hypotheken[67]). Nur bei den zur Vollstreckung eines rechtskräftigen Urtheils dem Schuldner abgenommenen Pfändern allein ist ein gerichtlicher Verkauf gesetzlich vorgeschrieben[68]). Gleichwohl lehren fast alle Rechtsgelehrte[69]), daß nur willkührliche Faustpfänder vom Gläubiger selbst außergerichtlich verkauft werden dürfen, dagegen alle anderen Arten der Pfänder und Hypotheken unter richterlicher Auctorität verkauft werden müßen. Allein nur das **pignus iudiciale** darf nicht vom Gläubiger, sondern soll, wenn binnen zwei Monaten nach der Auspfändung keine Zahlung erfolgt ist, auf Verlangen des Gläubigers von Gerichtswegen verkauft werden. Bei einem solchen gerichtlichen Verkaufe wird dann auch der Gläubiger zum Gebote zugelassen, wenn sich kein anderer Käufer findet, oder wenigstens kein solcher, der ein annehmbares Gebot thut, und er ist dann wie ein

66) WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Pand. h. t. §. 22. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 579. VII. Schweppe röm. Privatrecht 1. B. §. 286.

67) *L. 7. D. h. t. L. 2. L. 3. L. 4. Cod. eodem.*

68) *L. 2. Cod. Si in causa iudicati pignus captum sit.*

69) Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 817. Not. 1. Thibaut System des Pand. Rechts 2. B. §. 651. ZAUNER introd. in ius Digestor. P. II. L. III. Tit. 6. §. 10. u. a. m.

jeder anderer Käufer zu betrachten [70]). Er kann sich aber auch, statt auf die verpfändete Sache zu bieten, in dem bemerkten Falle, wo sich kein annehmbarer Käufer findet, an den Landesfürsten wenden, und sich von diesem das Eigenthum des Pfandes zusprechen lassen [71]), in welchem Falle dann der Gläubiger das Pfand für die Schuld annimmt, nicht anders, als ob er sich deshalb mit dem Schuldner verglichen hätte, und er muß sich dann auch damit begnügen, wenn gleich das Pfand nicht soviel, als die Schuld beträgt, werth seyn sollte, ohne eine weitere Bezahlung dessen, was daran fehlt, vom Schuldner verlangen zu können [72]). Von einem Wiedereinlösungsrechte

70) *L.* 2. *Cod. Si in causa iudicati.* Cum in causa iudicati aliqua res pignori capitur, per officium eius, qui ita decrevit, venundari solet, non per eum, qui iudicatum fieri postulavit. *Et si alio emtore non existente, vel existente quidem, sed non dignum pretium offerente, is, cui judicatus satis non fecit, ad licitationem secundum constituta fuerit admissus, cuiuslibet alterius vice ex officio emere debet.* Haben sich Käufer gefunden, so kann der Gläubiger doch, wenn er will, den Meistbietenden durch das ihm nach den Gesetzen zustehende Vorkaufsrecht ausschließen. *L.* 16. *D. de rebus auct. iud. possid.*

71) *L.* 3. *Cod. Si in causa iudic.* In causa iudicati pignora ex auctoritate Praesidis capta, potius distrahi, quam iure dominii possideri consueverunt. Si tamen per calliditatem condemnati emtor inveniri non potest, tunc *auctoritate Principis* dominium creditori addici solet.

72) *L.* 15. §. 3. *D. de re iudicata.* Si pignora, quae capta sunt, emtorem non inveniant, rescriptum est ab Imperatore nostro, et Divo patre eius, ut addicantur ipsi, cui quis condemnatus est. *Addicantur autem utique ea*

des Schuldners ist und kann hier keine Rede weiter seyn.

Ganz anders verhält sich die Sache, wenn der Gläubiger das Pfand privata auctoritate verkauft, und sich kein Käufer dazu findet, so daß es dem Gläubiger nothwendig wird, das Pfand eigenthümlich zu besitzen. Hier soll nach Vorschrift der Gesetze [73]) dem Schuldner, wenn er gegenwärtig ist, und seit der ersten Denunciation zwei Jahre verstrichen sind, (denn eher darf ja hier nicht zum Verkauf geschritten werden) noch eine Anzeige gemacht, und derselbe zur Zahlung und Einlösung des Pfandes aufgefordert, oder in dessen Abwesenheit der Richter um Vorladung des Schuldners und Bestimmung einer Zahlungszeit ersucht werden [74]). Sollte aber dessen Aufent-

quantitate, quae debetur. Nam si creditor maluerit, pignora in creditum possidere, iisque esse contentus, rescriptum est, non posse eum, quod amplius sibi debetur, petere; *quia velut pacto transegisse de credito videtur, qui contentus fuit pignora possidere;* nec posse eum in quantitatem certam pignora tenere, et *superfluum* petere.

73) *L.* 3. §. 2—6. *Cod. de iure dominii impetrando.*

74) *L.* 3. §. 2. *cit.* Sin vero nemo est, qui comparare eam maluerit, et necessarium fiat creditori saltem sibi eam iure dominii possidere, in huiusmodi casibus hanc causam esse observandam censemus, ut sive praesens sit debitor, denunciatio ei scil. post biennium mittatur; sive abfuerit, provinciale tribunal creditor petat, et judicem certiorare festinet, quatenus ille eum requisierit, certo tempore super hoc ab eo statuendo, ut fiat debitori per apparitionem iudicis, quod a creditore petitum est; et certum tempus statuatur, intra quod si fuerit inventus de-

halt nicht auszumitteln seyn, so soll ihn der Richter öffentlich mit nochmaliger Bestimmung einer Zahlungsfrist vorladen. Erst dann, wenn alles dieses nicht den beabsichtigten Erfolg gehabt hat, kann sich der Gläubiger an den Landesfürsten wenden, und sich von demselben das Pfand eigenthümlich zuschlagen lassen[75]). Dann darf aber der Schuldner noch binnen zwei Jahren, vom Tage des Rescripts an gerechnet, durch Anbieten der Schuld mit den Zinsen, und alles Schadenersatzes, worüber aber der Gläubiger schwören muß, das Pfand wieder einlösen. Erst wenn diese zwei Jahre verstrichen sind, ohne daß der Schuldner von dem Wiedereinlösungsrechte Gebrauch gemacht hat, erlangt der Gläubiger das Eigenthum des Pfandes unwiderruflich[76]). Dieser Zuschlag vernichtet

bitor, debet is, qui pecunias creditas accepit, debitum offerre, et pignus recuperare.

75) *L.* 3. §. 3. *cit.* Sin autem nullatenus fuerit inventus, Iudex certum tempus definiat, intra quod ei licentia dabitur, sese manifestare, et offerre pecuniam, et pignus a pignoratione liberare. Sin autem tempore statuto, vel minime fuerit inventus, vel creditam pecuniam totam offerre noluerit, tunc creditor adeat culmen Principale, et precibus porrectis, iure dominii a nostra Serenitate habere eandem rem expetat, habeatque ex divino Oraculo ea in suo dominio.

76) §. 3. *cit. L.* Et postquam hoc fuerit subsecutum, pietatis intuitu habeat debitor *intra biennii tempus* in suam rem humanum regressum, *ex die sacri Oraculi numerandum;* et liceat ei creditori, qui iam dominus factus est, *offerre debitum cum usuris, et damnis vitio eius creditori illatis;* quorum quantitatem creditor debet suo

aber nicht, wie bei einem pignus in causa iudicati captum, seine Forderung ganz, sondern nur bis auf den Werth des Pfandes. Der Schuldner muß daher das etwa daran Fehlende bei diesem Zuschlage noch nachzahlen. Uebersteigt hingegen der Werth der Sache des Gläubigers Forderung, so behält der Schuldner nach dem Verhältniß der Größe des Ueberschusses ein Miteigenthum, oder wenn noch ein anderer Gläubiger desselben darauf versichert ist, sein Recht daran. Doch darf der Pfandgläubiger, dem das Eigenthum zugesprochen worden ist, um nicht in dieser ihm vielleicht lästigen Gemeinschaft zu bleiben, den Werth des Ueberschusses dem Schuldner oder dessen Gläubiger, jedoch mit der nöthigen Vorsicht und Prüfung seiner Forderung, anbieten, und kann also diese auf solche Art auskaufen [77]).

iuramento manifestare, et suum pignus recuperare. *Sin autem biennium fuerit elapsum, plenissime rem habeat creditor, idemque* dominus iam irrevocabilem factam.

77) §. 4. *L. cit.* 3. Sed si quidem minus in pignore, plus in debito inveniatur, in hoc quod noscitur abundare, sit creditori omnis ratio integra. Sin autem ex utraque parte quantitas aequa inveniatur; sine omni dubitatione totam rem antea pignoratam retineat. Sin autem minus quidem in debito, amplius autem in pignore fiat, tunc in hoc, quod debitum excedit, omnia debitori iura integra lege nostra servabuntur: creditoribus quidem foeneratoris non suppositum, aliis autem debitoris creditoribus, vel ipsi debitori servatum. Et ne ex communione fiat aliqua difficultas, licentia dabitur creditori, seu domino, aestimationem superflui debitori vel creditori debitoris cum competenti cautela in eum exponenda offerre.

Will jedoch der Gläubiger das Pfand lieber wieder verkaufen, so steht ihm dieß zwar als Eigenthum ohne Zweifel frei; wenn er jedoch mehr an Kaufgeld erhält, als seine Forderung beträgt, so muß er den Ueberschuß an den Schuldner herausgeben. Er muß auch, wenn es der Schuldner verlangt, schwören, daß er, ohne alle Gefährde, die Sache so hoch ausgebracht habe, als es ihm möglich war. Erhellt aber auch daraus, daß er Schaden dabei gehabt habe, so muß der Schuldner diesen Ausfall ersetzen[78]). Behält hingegen der Gläubiger das Pfand, und kommt es auf die Ausmittelung des Werthes an, um dadurch zu erforschen, ob und wieweit derselbe die Forderung übersteige oder weniger als diese betrage, so ist dieß der Untersuchung des Richters anheimzustellen, dessen Ausspruch hierüber ganz allein entscheidet [79]). Daß auch

78) §. 5. *L. cit.* 3. Sin vero creditor, postquam iure dominii hoc possideat, vendere hoc maluerit, liceat quidem ei hoc facere, si quid autem superfluum sit, debitori servare. Sin autem dubitatio exorta fuerit pro venditione, utpote veliore, pretio facta, sacramenti religionem creditor praestare compellatur, quod nulla machinatione, vel circumscriptione usus est, sed tanti vendiderit rem, quanti potuerit venire, et hoc tantummodo reddi debitori, quod ex iuramento superfluum fuerit visum. Sin autem ex iureiurando etiam minus habuisse creditor inveniatur, in residuum habeat integram actionem.

79) §. 6. *cit. L.* Aestimationem autem pignoris, donec apud creditorem eundemque dominum permaneat, sive amplioris sive minoris, quantum ad debitum, quantitatis est, iudicialis esse volumus disceptationis: ut, quod iudex super hoc statuerit, hoc in aestimationem pignoris obtineat.

in diesem Falle der Schuldner dem Gläubiger wegen der Entwährung hafte, leidet keinen Zweifel. Denn die impetratio dominii pignoris a Principe wird wie ein Kauf oder eine Annahme an Zahlungsstatt angesehen. Daher kann sich auch der Gläubiger gegen den Schuldner eben sowohl der actio ex emto utilis, als der actio pigneratitia contraria bedienen. So lehrt wenigstens Ulpian, so viel auch Anton Faber[80]) dagegen zu erinnern gewußt hat. Ulpian sagt nämlich *L.* 24. *pr. D. de pign. act.* Eleganter apud me quaesitum est, si impetrasset creditor a Caesare, ut pignus possideret, idque evictum esset, an habeat contrariam pigneratitiam? Et videtur finita esse pignoris obligatio, et a contractu recessum. Immo utilis ex emto accommodata est, quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfiat, vel in quantum eius intersit; et compensationem habere potest creditor, si forte pigneratitia vel ex alia causa cum eo agatur.

Nimmt der Gläubiger nach dem Zuschlage Zinsen vom Schuldner an, so hat er sich hiedurch seines Eigenthumsrechts an dem Pfande begeben, wie Kr. Gordian *L.* 2. *Cod. de iure dom. impetr.* rescribirt: Si creditor pignus iure dominii a nostra Serenitate possidere petiit, et post formam Rescripti alio anno usuras a vobis acceperit, a beneficio impetrato recessisse videtur.

80) Rational. in Pand. ad h. L. 24. de pign. act. Man sehe aber Westphals Pfandrecht §. 199. Not. 223.

Der Zuschlag findet übrigens nur bei einzelnen Pfändern statt. Denn an allen Gütern des Schuldners kann man sich kein Eigenthum zusprechen lassen [81]).

Heutzutage werden die Pfänder fast in allen Fällen gerichtlich verkauft. Eine Denunciation oder Aufforderung zur Einlösung unter Bedrohung mit dem Verkaufe wird auch nur dann erfordert, wenn der Schuldner nicht schon zur Zahlung verurtheilt worden, noch sonst in **mora** ist [82]). Auch pflegt man nicht mehr zwei Jahre mit dem Verkaufe zu warten, sondern es werden auf den Antrag des Gläubigers zum Verkaufe der Pfänder gewisse Termine, gewöhnlich drei, angesetzt, diese durch öffentliche Anschläge bekannt gemacht, und die Kaufliebhaber dazu eingeladen [83]). In diesen Terminen werden dann die Pfänder öffentlich aufgeboten, und dem Meistbietenden, es sey der Gläubiger selbst oder ein fremder Käufer, zugeschlagen. Findet sich kein annehmbarer Käufer, so kann dem Gläubiger auf sein Verlangen für einen durch gerichtliche Taxe auszumittelnden Preis das Pfand eigenthümlich durch den Richter zugeschlagen werden, ohne daß eine landesherrliche Bestätigung dazu weiter erfor-

81) *L.* 1. *Cod. de iure dominii impetr.* Scias, omnia bona debitoris, quae pignori dedit, ut universa dominio tuo generaliter addicantur, impetrare te non posse.

82) Mevius Decision. Tom. II. P. VIII. Decis. 268.

83) Mevius Tom. II. P. VII. Decis. 310. Brunnemann Commentar. ad L. fin. Cod. de iure dom. impetr. Gesterding Pfandrecht §. 23. S. 160. a. E. u. f.

dert wird [84]). Jedoch bleibt auch noch heutzutage dem Schuldner zwei Jahre nach dem Zuschlage das Wiedereinlösungsrecht [85]).

84) Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 1197. a. C. Günther Princip. iur. Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 680. not. o. pag. 284.

85) *Ge.* Frantzkius Comment. ad Dig. h. t. nr 97.

Lib. XX. Tit. VI.

Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur.

§. 1102.

Wann hört überhaupt das Pfandrecht auf?

Außer dem Verkaufe des Pfandes zur Befriedigung des Gläubigers, wovon im vorigen Titel gehandelt wurde, endigt sich das Pfandrecht entweder indirect durch Tilgung der Hauptschuld, zu deren Sicherheit es bestellt worden war, oder direct durch Aufhebung des Pfandverhältnisses, wenn das Pfand dem Gläubiger, selbst bei fortdauernder Hauptschuld, keine Sicherheit mehr gewähren soll oder gewähren kann.

§. 1103.

Erlöschung des Pfandrechts durch Tilgung der Hauptschuld.

Da das Pfandrecht ein blos accessorisches Recht ist, welches ohne eine Hauptverbindlichkeit nicht denkbar ist, so muß es natürlich von selbst aufhören, wenn die Hauptschuld auf irgend eine rechtliche Art getilgt ist [86]). Dieß geschieht nun nicht nur durch Zahlung im engeren Sinne sondern auch durch jede andere Befriedigung des Gläubi-

86) *L. 43. D. de solut.*

gers, die er entweder, als solche, annehmen muß, wie z. B. gerichtliche Deposition oder Compensation, oder in die er eingewilligt hat, wie z. B. Novation, Delegation, Hingabe an Zahlungsstatt, Erlassung der Schuld u. dgl.

L. 6. *pr. D. h. t.* ULPIANUS *lib.* 13. *ad Edictum.* Item liberatur pignus, sive solutum est debitum, sive eo nomine satisfactum est. Sed et si tempore finitum pignus est, idem dicere debemus, vel si qua ratione obligatio eius finita est.

L. 3. *Cod. de luitione pignoris.* Impp. DIOCLETIAN. et MAXIMIAN. AA. et CC. Si reddita debita quantitate, vel rebus in solutum datis sive distractis, et compensato pretio, satis ei, contra quem supplicas, factum esse, adito Praeside provinciae probaveris, vel si quod residuum debetur, obtuleris, ac, si non acceperit, deposueris consignatum, restitui tibi res pacto pignoris obligatas providebit: cum etiam Edicto perpetuo actione proposita, pecunia soluta creditori, vel si per eum factum sit, quominus solveretur: ad reddenda ea, quae pignori acceperat, iure eum satis evidenter urgeri, manifestum est.

L. 20. *C. de pignoribus.* Iidem AA. et CC. Alexandro. Creditor ad petitionem debiti urgeri iure minime potest. Quapropter eo, quod vos heredibus Evodiani debere confiditis, oblato, et si non velint accipere, consignato atque deposito, de reddendo pignore hos Praesidali notione convenite.

L. 18 *D*. *de novat*. PAULUS *lib*. 57. *ad Edictum*. Novatione legitime facta liberantur hypothecae et pignus.

L. 11. §. 1. *D*. *de pign*. *act*. ULPIANUS *lib*. 28. *ad Edictum*. Novata autem debiti obligatio pignus perimit, nisi convenit, ut pignus repetatur.

Es wird nur aber freilich vorausgesetzt, daß die Schuld völlig und ohne allen Rückstand getilgt sey. Denn ist die Schuld nicht ganz abgetragen, so dauert das Pfandrecht für den Rückstand in seinem ganzen Umfange fort, weil es untheilbar ist.

L. 6. *Cod*. *h*. *t*. Imp. GORDIANUS A. *Rogato*. Quamdiu non est integra pecunia creditori numerata, etiamsi pro parte majore eam consecutus sit, distrahendi rem obligatam non amittit facultatem.

L. 9. §. 3. *D*. *de pign*. *act*. ULPIANUS *lib*. 28. *ad Edictum*. Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pigneratitia actio.

Ist nun die Schuld auf die eine oder andere rechtliche Art getilgt, so wird selbst durch Erlassung der Schuld auch der dritte Besitzer der Hypothek von dem Anspruche des Gläubigers frei [87]).

Eben so verschwindet auch das Pfandrecht, wenn der Schuldner auf den Antrag des Gläubigers außergerichtlich geschworen hat, daß er ihm nichts schuldig sey.

87) *L*. 5. *pr*. *D*. *h*. *t*. Westphal Pfandr. §. 233. Not. 262. S. 335.

L. 40. *D. de iureiur.* JULIANUS *lib.* 13. *Digestorum.* Iusiurandum a debitore exactum efficit, *ut pignus liberetur*; est enim hoc acceptilationi simile; *perpetuam certe exceptionem parit.*

L. 13. *D. h. t.* TRYPHONINUS *lib.* 8. *Disputationum.* Si deferente creditore juravit debitor, se dare non oportere, *pignus liberatur*, quia perinde habetur, atque si iudicio absolutus esset: nam et si a iudice, quamvis per iniuriam, absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur.

Ist blos die persönliche Klage auf die Schuldforderung durch die praescriptio temporis erloschen, so hört dadurch das Pfandrecht, welches für die Forderung bestellt war, nicht auf, weil durch jene Präscription nicht die obligatio oder Forderung selbst erlischt, sondern nur das Klagrecht des Gläubigers aufhört, und mithin die obligatio naturalis fortdauert, für welche schon an sich ein giltiges Pfandrecht statt hat[88]. Daher kann sogar die hypothekarische Klage noch stattfinden, wenn gleich die persönliche Schuldklage schon verjährt ist[89]. Denn jene dauert wider den Schuldner vierzig Jahre, wogegen letztere in dreißig Jahren erloschen ist. Hievon ist es zu erklären, wenn Kaiser Gordian *L.* 2. *Cod. de luitione pignoris* rescribirt: Intelligere debes, vincula pignoris durare, personali actione submota.

88) *L.* 14. §. 1. *D. de pignorib.*

89) *L.* 7. §. 1. *Cod. de praescript. XXX. vel XL. annor.*

§. 1104.

Erlöschung des Pfandrechts bei fortdauernder Hauptschuld, und zwar 1) durch Remission.

Das Pfandrecht an sich kann aber in mehreren Fällen aufhören, wenn gleich die Hauptverbindlichkeit fortdauert. Denn eine Schuld kann auch ohne Pfand bestehen, wenn gleich kein Pfandrecht ohne Schuld denkbar ist. Die besonderen Erlöschungsgründe des bloßen Pfandverhältnisses sind folgende: Es fällt weg,

I) wenn der Gläubiger demselben rechtsgiltig entsagt[90]) (**Remissio pignoris**). Dieß setzt aber freilich voraus, daß er eine solche Person seyn müsse, welcher die freie Verwaltung ihres Vermögens zusteht. Bei Unmündigen wird daher zur Giltigkeit der Remission eben das erfordert, was bei Veräußerungen ihrer Güter zu beobachten ist[91]). Daß jedoch eine Ehefrau sich ihres gesetzlichen Pfandrechts sogar während der Ehe zu Gunsten ihres Ehemanns begeben könne, hat keinen Zweifel[92]).

90) *L.* 9. §. 3. *D. de pign. act.* *L.* 5. *D. h. t.* *L.* 23. *Cod. de pignorib.* *L.* 4. *Cod. de remiss. pign.*

91) *L.* 7. *pr. D. h. t.* *L.* 22. *C. de admin. tutor.* Westphal's Pfandrecht §. 240.

92) *L.* 11. *Cod. ad SCtum Vellej.* etiam *constante matrimonio* ius hypothecarum seu pignorum marito remitti posse, explorati iuris est. Meißners Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrecht §. 169. Daß diese Entsagung auch nicht eidlich zu geschehen brauche, zeigt *Ios. Lud. Ern.* PÜTTMANN in Diss. de remissione pignoris uxori in bonis maritii competentis absque iureiurando valida. *Lipsiae* 1773.

Das Vellejanische Senatusconsult kann hier darum nicht entgegen stehen, weil die Gesetze ausdrücklich sagen, die Erlassung des Pfandrechts sey für keine Intercession zu halten[93]. Sie kommt jedoch immer nur denjenigen Gläubigern zu statten, zu deren Vortheil sie geschehen ist[94]. Es kann auch die Frau zu der Hypothek, wenn sie sich derselben einmal begeben hat, nicht wieder zurückkehren, gesetzt auch, daß sie nun auf keine andere Art ihre Befriedigung erhalten könnte[95]. Ob übrigens der Gläubiger

93) *L.* 8. *pr. D. eodem.* ULPIANUS. Quamvis pignoris datio intercessionem faciat, tamen JULIANUS lib. XII. Digestorum scribit, *redditionem pignoris*, si creditrix mulier rem, quam pignori acceperat, debitori liberaverit, *non esse intercessionem.*

94) *L.* 21. *Cod. eodem.* Imp. ANASTASIUS. Jubemus, licere mulieribus et pro uno contractu, vel certis contractibus, seu, pro una vel certis personis seu rebus, iuri hypothecarum sibi competenti per consensum proprium renunciare; quodque ita gestum sit, hac auctoritate nostra firmum illibatumque custodiri; ita tamen, ut, et si generaliter tali renunciatione pro unu (ut dictum est) contractu, seu certis contractibus, vel ad unam, vel ad certas res, seu personas consensum proprium accomodantes usae sunt, vel fuerint, *eadem renunciatio ad illos contractus, et illas res seu personas, quibus consensum suum proprium accommodaverunt, vel accommodaverint, coarctetur, ne aliis quibusdam contractibus, quibus minime mulieres consenserunt, vel consenserint, praetendentibus eam, opponendi licentia praebeatur.*

95) Meißner a. a. O. S. 429. Man setzt jedoch voraus, daß das Vermögen des Mannes zur Zeit der geschehenen Renunciation zur Befriedigung der Frau hinreichend gewesen

seine Einwilligung in die Erlassung des Pfandrechts durch einen Bevollmächtigten oder in eigener Person erklärt, ist gleichviel. Es muß nur ersterer mit einer besonderen Vollmacht versehen seyn. Denn auch eine allgemein überlassene freie Verwaltung aller Geschäfte berechtigt den Procurator nicht zu einer solchen Erlassung, gewiß eben so wenig, als zu einer Schenkung [96]). Hat jedoch der Gläubiger den Erlassungsvertrag mit dem Procurator des Schuldners geschlossen, so erwirbt der Schuldner daraus wenigstens die **exceptio doli** gegen den Gläubiger [97]). Der Gläubiger kann sich nun aber seines Pfandrechts entweder unmittelbar begeben, oder mittelbar, indem er seine Entsagung von der Ableistung eines dem Schuldner

seyn müsse. Mevius P. II. Decis. 130. In der Praxis findet indessen die Frau mit dem Gesuche um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand leicht Gehör, wenn sie auf keine andere Art ihre Befriedigung erhalten kann. Carpzov Iurispr. for. P. II. Const. 16. Def. 14. u. *Frid.* Behmeri novum ius controversum. Tom. II. Obs. 101.

96) *L.* 7. §. 1. *D. h. t.* Videbimus, si procurator omnium bonorum consensit, vel servus actor, et in id positus est: an teneat consensus eorum? et dicendum est, non posse: *nisi specialiter hoc eis mandatum est.* Es wäre denn, daß der Erlassungsvertrag nicht unentgeltlich geschlossen worden, sondern der Procurator für eine andere Befriedigung seines Principals gesorgt hätte. *L.* 8. §. 5. *D. eod.* Westphal §. 239.

97) *L.* 7. §. 1. *D. Quibus modis. pignus.* Sed si cum debitoris procuratore convenit, *ne sit res obligata*, dicendum est, id debitori *per doli exceptionem* prodesse.

darüber angetragenen Eides abhängig macht[98]). Unmittelbar kann der Verzicht des Gläubigers entweder ausdrücklich oder stillschweigend geschehen. Ersterer kann entweder in Ansehung des ganzen Pfandes oder nur in Ansehung eines Theils desselben geschehen. Ist dieser Theil ein ideeller, so dauert dann das Pfandrecht an dem nicht aufgegebenen ideellen Theile fort, so daß es sich über die ganze Sache theilweise erstreckt, und jeder Besitzer eines abgesonderten Theils in Ansehung des dem Pfandrecht unterworfenen Theils, keinesweges aber in Ansehung des ganzen Theils, in Anspruch genommen werden kann. Eben so ist es, wenn mehrere Miteigenthümer das Pfandrecht pro indiviso ertheilt haben, und der Gläubiger das Pfandrecht dem einen derselben erläßt. Dieser Vertrag kommt dem anderen Miteigenthümer nicht zu statten, wenn auch der Gläubiger sich seines Pfandrechts überhaupt, und nicht blos für den Antheil desjenigen, mit dem er den Vertrag schloß, begeben hätte. Erhält daher der Letztere nachher das alleinige Eigenthum an der Sache, so bleibt die Sache dennoch zur Hälfte dem Pfandrecht des Gläubigers unterworfen. Denn die Wirkung des Vertrags beschränkt sich blos auf denjenigen Schuldner, mit welchem er geschlossen ward. So belehrt uns hierüber Marcian in seinem libro singulari ad formulam hypothecariam, woraus *L.* 8. §. 3. *et* 4. *D. h. t.* entlehnt

98) *L.* 5. §. 3. *D. Quib. mod. pignus.* Satisfactum esse creditori intelligitur, et si iusiurandum delatum datum est, *hypothecae non esse rem obligatam.* Der hier vorkommende Ausdruck: iuramentum dare für praestare ist nicht ungewöhnlich. *L.* 37. §. 5. *D. de legat. III.*

ist, welche folgendermaßen lauten: Si convenerit, *ne pars dimidia pro indiviso pignori sit*, quaecunque fundi eius pars a quolibet possessore petatur, *dimidia non recte petetur.* — Si plures dederint pro indiviso, et cum uno creditor paciscatur, *ne hypothecae sit*, deinde ab eo petat, etiam si hic, cum quo pactus est, solidum fundum possideat pro indiviso, quia de parte convenisset, non repellit eum a toto. Uebrigens ist der Vertrag, wodurch sich der Gläubiger seines Pfandrechts begibt, ein pactum in rem. Erläßt daher der Gläubiger das Pfandrecht dem Erben seines Schuldners, so kommt es auch dem zu statten, welchem dieser die Erbschaft als ein Fideicommiß zu restituiren hat[99]).

Die stillschweigende Aufgebung des Pfandrechts wird aus Handlungen des Gläubigers gefolgert, denen die Gesetze die Deutung beigelegt haben, daß sie der Richter als einen Verzicht ansehen, und diese Absicht dabei zum Grunde legen solle, bis überwiegende Gründe ihn auf etwas Anderes leiten[100]). Dahin gehört

1) wenn der Gläubiger dem Schuldner das Pfand zurückgibt, ohne daß eine andere Absicht der Zurückgabe

99) *L.* 8. §. 1. *D. h. t.* MARCIANUS. Creditor, *ne pignori hypothecaeve sit res*, pacisci potest. Et ideo, si heredi pactus fuerit, ei quoque proderit pactum, cui restituit hereditatem ex Senatusconsulto Trebelliano.

100) S. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß 2. Absch. S. 24.

erweislich ist [1]). Wird die Pfandverschreibung dem Schuldner zürückgegeben, so ist zugleich die Schuld selbst als erlassen anzunehmen [2]).

2) Wenn der Gläubiger dem Schuldner das Pfand vermacht. Zuweilen kann dieß auch eine Aufhebung der Schuld selbst zur Folge haben, wenn erwiesen werden kann, daß dieß die Absicht des Testirers gewesen sey [3]).

3) Wenn sich der Gläubiger an einer andern Sache ein Pfandrecht geben läßt [4]).

4) Wenn verabredet wurde, daß statt der Hypothek ein Bürge gestellt werden, und dieselbe nur bis dahin haften solle, und dann der Gläubiger diesem Vertrage gemäß einen Bürgen annimmt [5]). Ohne eine solche Verabredung

1) *L.* 3. *D. de pign. act.* *L.* 9. *Cod. de remiss. pignor.* Westphals Pfandrecht § 237.

2) *L.* 2. §. 1. *L.* 3. *D. de pactis.* *L.* 7. *Cod. de remiss. pignor.*

3) *L.* 1. §. 1. *D. de liberat. legata.* JULIANUS scripsit, si res pignori data legetur debitori a creditore, valere legatum, habereque eum actionem, ut pignus recipiat, prius quam pecuniam solvat; sic autem loquitur JULIANUS, quasi debitum non debeat lucrari; sed si alia testantis voluntas fuit, et hoc pervenietur, exemplo luitionis.

4) *L.* 9. §. 3. *D. de pign. act.*

5) *L.* 5. §. 2. *D. h. t.* (MARCIANUS *lib. sing. ad formulam hypoth.*) Si convenerit, *ut pro hypotheca fideiussor daretur*, et datus sit, satisfactum videbitur, ut hypotheca liberetur. — *L.* 14. *D. eodem.* (LABEO *libro* 5. *Posteriorum a* IAVOLENO *epitomator.*) Cum colono tibi

hebt die Annahme von Bürgen die Hypothek nicht auf. Denn da Entsagung eines Rechts im Zweifel nicht vermuthet wird, so ist um so mehr anzunehmen, daß der Gläubiger durch Annahme eines Bürgen seine Sicherheit habe vermehren wollen, als nach *L. ult. Cod. de novat.* keine Novation gelten soll, wenn nicht die Absicht der Parthei, die darunter leidet, ganz offenbar ist[6]).

convenit, *ut invecta importata pignori essent, donec merces tibi soluta, aut satisfactum esset,* deinde mercedis nomine fideiussorem a colono accepisti. Satisfactum tibi videri existimo; *et ideo illata pignori esse desiisse.*

6) Anderer Meinung sind zwar außer Hellfeld HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1228. Hufeland im Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 807. Not. 1. und Gesterding im Pfandrecht §. 37. S. 295. Allein dieser Meinung steht *L.* 6. §. *ult. D. h. t.* entgegen, wo Ulpian sagt: In satisdatione autem non utimur Attilicini sententia, qui putabat, *si satisdetur alicui certae pecuniae, recedere eum a pignoribus debere.* Man führt zwar dagegen die *L.* 9. §. 3. *D. de pignerat. act.* an, wo Ulpian sagt: Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pigneratitia actio. *Satisfactum* autem accipimus, *quemadmodum voluit creditor*, licet non sit solutum; sive aliis pignoribus sibi caveri voluit, ut ab hoc recedat, sive *fideiussoribus* — nascitur pigneratitia actio. Allein auch davon abgesehen, daß hier Ulpians Absicht nur war, zu bestimmen, was unter *Satisfactio,* Befriedigung, zu verstehen sey, so lehren ja die letzteren Worte: et generaliter dicendum erit, *quoties recedere voluit creditor a pignore*, videri ei satisfactum, si, *ut ipse voluit*, sibi cavit, licet in hoc deceptus sit, daß, wenn keine baare Bezahlung dem Gläubiger angeboten wird, dessen Einwilligung erfordert

5) Wenn der Gläubiger dem Schuldner die Veräusserung ohne Vorbehalt seines Pfandrechts auf eine rechtsgiltige Art erlaubt, es mag diese Einwilligung der Veräusserung des Pfandes vorhergehen, oder, als Genehmigung, auf sie folgen. Es muß nur aber in dem ersteren Falle die Veräusserung auch wirklich vom Schuldner oder dessen Erben, nicht von einem dritten Besitzer, wenn es diesem nicht der Gläubiger besonders erlaubt hat, auf die verabredete Weise und giltig erfolgt seyn.

L. 158. *D. de div. reg. iuris.* CAJUS *lib.* 26. *ad Edictum provinciale.* Creditor, qui permittit rem venire, pignus dimittit.

L. 4. §. 1. *D. Quib. modis pignus solvit.* ULPIANUS *lib.* 73. *ad Edictum.* Si in venditione pignoris consenserit creditor, vel, ut debitor hanc rem permutet, vel donet, vel in dotem det, dicendum erit, pignus liberari; nisi *salva causa pignoris sui* consensit vel venditioni, vel caeteris: nam solent multi *salva causa pignoris sui* consentire. Sed et si ipse vendiderit creditor, sic tamen venditionem fecit, ne discederet a pignore, nisi ei satisfiat, dicendum erit, exceptionem ei non nocere. Sed

werde, wenn der Schuldner ihn auf andere Art befriedigen will. *Franc.* BALDUINUS de pignorib. cap. 20. *Christ.* THOMASIUS in Diss. de remissione tacita pignoris vel hypothecae per acceptionem chirographi novi aut fideiusseris. *Halae* 1716. Westphal im Pfandr. §. 237. Not. 268. und die Gebr. Overbeck in den Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 3. B. Medit. 163. haben sich darüber richtiger erklärt.

et si non concesserit pignus venundari, sed ratam habuit venditionem, idem erit probandum.

§. 2. *eiusdem. L.* Belle quaeritur, si forte venditio rei specialiter obligatae *non valeat*, an nocere haec res creditori debeat, quod consensit, utputa si qua ratio juris venditionem impediat? Dicendum est, *pignus valere.*

L. 8. §. 6. *D. eodem.* MARCIANUS *libro singulari ad formulam hypothecariam.* Si voluntate creditoris fundus alienatus est, inverecunde applicari sibi eum creditor desiderat: *si tamen effectus sit secutus venditionis.* Nam si non venierit, non est satis ad repellendum creditorem, quod voluit venire.

§. 7. *eiusd. L.* Supervacuum est quaerere, agrum specialiter hypothecae datum, permissu creditoris venisse, si ipse debitor re possideat: nisi, quod potest fieri, ut debitor permissu creditoris vendiderit, deinde postea bona fide redemerit ab eodem, vel ab alio, ad quem per successionem ea res pertinere coepisset; aut si ipse debitor emtori heres exstiterit. Verumtamen, *cum pecunia soluta non sit*, doli mali suspicio inerit, translata ad praesens tempus, ut possit creditor *replicationem doli mali* objicere [7]).

7) Der Sinn dieser Worte ist: wenn aber die Schuld, für welche das Grundstück verpfändet wurde, nicht bezahlt ist, und der Gläubiger gegen den Schuldner, als gegenwärtigen Pfandbesitzer actione hypothecaria klagt, so entsteht aus dem

§. 11. eod. *Venditionis* autem appellationem generaliter accipere debemus, ut et si legare permisit, valeat, quod concessit. Quod ita intelligemus, ut et si legatum repudiatum fuerit, convalescat pignus.

§. 12. Si debitor vendiderit rem, nec tradiderit, an repellatur creditor, quasi adhuc res in bonis sit debitoris: an vero cum teneatur ex emto, pignus exstinguatur? Quod et magis est. Sed quid, si pretium venditor consecutus non sit, nec paratus sit emtor dare? Tantundem potest dici[8]).

§. 13. *eod.* Sed si permiserit creditor vendere, debitor vero donaverit, an exceptione illum summoverat? an facti sit magis quaestio, nunquid ideo veniri voluit, ut, pretio accepto, ipsi quoque res expediat? Quo casu non nocebit consen-

Besitze, den der Schuldner gegenwärtig hat, die Vermuthung, daß keine Veräusserung erfolgt sey, oder daß er mit Betrug umgehe, wenn er dem Gläubiger entgegensetzt, er habe sich durch die Einwilligung in die Veräusserung seines Pfandrechts begeben. Der Gläubiger kann daher der exceptio pignoris remissi durch die replicatio doli mali begegnen. S. Cujacius in Comm. ad libr. 3. Quaestion. Pauli ad L. 10. h. t. Tom. II. Oper. pag. 1017. und Pothier Pand. Iustin. T. I. h. t. Nr. XXIX. not. b. pag. 585.

8) Denn wenn auch der Schuldner das Kaufgeld von dem Käufer des Pfandes nicht erhalten hat, so darf er doch deswegen nicht vom Kaufe abgehen, weil er noch immer von dem Käufer mit der actio emti auf die Uebergabe der Sache belangt werden kann, wenn derselbe das Kaufgeld anbietet.

sus [9]). Quod si in dotem dederit, vendidisse in hoc casu recte videtur, propter onera matrimonii. In contrarium si concessit donare, et vendiderit debitor, repelletur creditor. Nisi si quis dicat ideo concessisse donari, quod amicus erat creditori is, cui donabatur [10]).

§. 14. *eodem.* Quod si concesserit decem vendere, ille quinque vendiderit, dicendum est, non esse repellendum creditorem. In contrarium non erit quaerendum, quin recte vendit, si pluris vendiderit, quam concessit creditor.

§. 16. *eodem.* Si debitori concessum sit, et heres ejus vendiderit, potest facti quaestio esse, quid intellexit creditor? Sed recte venisse dicendum est: hae enim subtilitates ab judicibus non admittuntur.

9) Nimmt also der Schuldner eine andere Art der Veräusserung vor, als diejenige, in welche der Gläubiger eingewilligt hat, z. B. der Gläubiger erlaubte dem Schuldner, die Sache zu verkaufen, der Schuldner hat sie aber verschenkt, so kommt es darauf an, ob der Gläubiger ein Interesse dabei hatte, daß nur die Art der Veräusserung vor sich ging, worin er einwilligte, nicht die andere. Z. B. er willigte in den Verkauf, weil er darauf rechnete, durch den Kaufpreis seine Bezahlung zu erhalten. Nur in diesem Falle dauert das Pfandrecht fort, und seine Einwilligung kann ihm nicht zum Nachtheile gereichen. S. Gesterding Pfandrecht §. 37. S. 297.

10) Außer diesem besondern Falle ist anzunehmen, daß der Gläubiger, welcher dem Schuldner das Pfand zu verschenken erlaubt hat, ihm auch jede andere Art der Veräusserung habe gestatten wollen. *L.* 13. *L.* 21. *D. de div. reg. iuris.* S. POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. XXX.

§. 17. *eodem.* Si debitor forte concessa venditione desierit possidere, et novus possessor vendiderit, an duret pignus, quasi personae permiserit creditor? Quod et magis est: nam[11]) si novo possessori, non debitori, a quo hypothecam accepit, concessit creditor vendere, dicendum est, nocere ei exceptionem.

§. 18. Sed si intra annum aut biennium consenserit creditor vendere, post hoc tempus vendendo non aufert pignus creditori.

Das bloße Schweigen des Gläubigers, welcher von der vorgehenden Veräusserung Wissenschaft hatte, und dieselbe ohne Widerspruch geschehen ließ, ist nicht hinreichend, um daraus eine Einwilligung in die Veräusserung rechtlich zu folgern. Denn diese konnte er immerhin geschehen lassen, weil sie seinem Pfandrecht unnachtheilig war, als welches mit der Sache, worauf es haftet, auf jeden Besitzer übergeht. Er hatte also weder Grund, sich der Veräusserung zu widersetzen, noch ein Recht, dieselbe dem Schuldner zu verwehren, dem, als Eigenthümer, der Verpfändung ungeachtet, das Recht bleibt, die Sache zu veräussern[12]). Eben dieß lehrt auch Marcian, wenn er *L.* 8. §. 15. *D. h. t.* sagt: Non videtur autem consensisse creditor, si sciente eo debitor rem vendiderit, cum ideo passus est venire, quod sciebat, ubique pignus sibi durare. Da also der Schuld-

11) Nam steht hier für sed. S. Pothier Pandect. Iustin. h. t. Nr. XXXII. not. c.

12) S. den 18. Th. §. 1076. S. 179—181.

ner die Einwilligung des Gläubigers nicht nöthig hat, um das Pfand veräußern zu können, so kann wohl, wenn der Schuldner den Gläubiger um seine Einwilligung in die Veräusserung ersucht, und der Gläubiger dieselbe ihm ertheilt, hiebei keine andere Absicht zum Grunde liegen, als die Aufhebung des Pfandrechts, und es ist unbegreiflich, wie Abraham Wieling[13]) hieran hat zweifeln können, welchen deshalb Püttmann[14]) mit Recht widerlegt hat. Es verdient hier noch folgendes Gesetz bemerkt zu werden: *L.* 2. *Cod. de remiss. pignoris.* Impp. SEVERUS et ANTONINUS AA. *Materno.* Si probaveris, te fundum mercatum, possessionemque ejus tibi traditam, sciente et consentiente ea, quae sibi eum a venditore obligatum dicit, exceptione eam removebis. Nam obligatio pignoris consensu et contrahitur et dissolvitur. Es gibt jedoch Fälle, wo das bloße Schweigen dem Gläubiger eben so nachtheilig ist, als die Einwilligung in die Veräusserung. Dahin gehört

1) wenn der Verkauf öffentlich unter Vorladung der Gläubiger geschehen ist[15]),

13) Lection. iuris civ. Lib. I. cap. 14. pag. 47. sq.

14) Adversarior. iuris univ. Lib. I. Cap. 7. pag. 123. sq. Man sehe auch *Christ.* Thomasii Diss. de remissione tacita pignoris vel hypothecae per remissionem debiti et consensum in alienationem rei. *Halae* 1713. und Walch Introd. in controv. iur. civ. Sect. II. Cap. V. §. 22. p. 442.

15) *L.* 6. *Cod. de remiss. pignor.* Pufendorf Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 131. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. 236. Müller ad *Eundem* T. II. Fasc. II. Obs. 475. und Quistorps Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien Nr. XXII. S. 349. ff.

2) wenn der Fiskus die Hypothek zum Verkaufe brachte [16]),

3) wenn die Veräusserung in der Freilassung eines verpfändeten Sclaven bestand [17]). Meldete sich in diesen Fällen der Pfandgläubiger nicht in Zeiten, so geht sein Pfandrecht verloren.

Außerdem ist dem Gläubiger das Schweigen unschädlich, wenn er nicht bestimmt in die geschehene Veräusserung eingewilligt hat. Dann erlischt aber auch das Pfandrecht, sobald dieselbe wirklich zu Stande kam, wenn gleich die Sache dem neuen Erwerber noch nicht tradirt ist [18]). Erfolgte sie hingegen entweder gar nicht, oder geschah sie nicht giltig [19]), oder nicht auf die verabredete Art, oder wurde sie rückgängig, so dauert das Pfandrecht fort.

L. 10. *pr. D. h. t.* PAULUS *libro* 3. *Quaestionum.* Voluntate creditoris pignus debitor vendidit: et postea placuit inter eum et emtorem, *ut a venditione discederent.* Ius pignorum salvum erit creditori. *Nam sicut debitori, ita et creditori pristinum ius restituitur.* Neque omnimodo creditor pignus remittit, sed ita demum, *si emtor rem retineat, nec reddat venditori* [20]): et ideo si judicio quoque

16) *L.* 8. *Cod. de remiss. pign.*

17) *L.* 1. *C. eodem.*

18) *L.* 8. §. 12. *D. h. t.*

19) *L.* 4. §. 2. *D. h. t.*

20) Diese Worte beweisen, daß es in dem Falle, wo der Kauf wieder zurückgeht, keinen Unterschied macht, ob die Uebergabe schon erfolgt war oder nicht. S. Westphal §. 235. S. 345.

accepto venditor absolutus sit; vel, quia non tradebat, in id quod interest, condemnatus; salvum fore pignus creditori dicendum est. *Haec enim accidere potuissent, etiamsi non voluntate creditoris vendidisset* [21]).

So wie nach diesem Gesetze dem Gläubiger sein Pfandrecht verbleibt, wenn der Kauf, in welchen derselbe gewilligt hatte, rückgängig wird, eben so bleibt das Pfandrecht nach dem oben angeführten Ausspruche des Marcian [22]) fortdauernd, wenn der Gläubiger dem Schuldner erlaubt hatte, das Pfand einem Dritten zu vermachen, der Legatar aber das Vermächtniß ausgeschlagen hat.

War hingegen die Veräusserung auf die verabredete Art wirklich erfolgt und bona fide vollzogen, und kehrt die veräusserte Sache nachher wieder aus einem neuen Erwerbungsgrunde in das Eigenthum des Schuldners zurück, so lebt dadurch das einmal aufgehobene Pfandrecht nicht wieder auf [23]).

Selbst das allgemeine Pfandrecht, welche doch sonst auf künftige Güter sich erstreckt, begreift diejenige Sache

21) Das heißt, da dieß ohne den Willen des Gläubigers geschieht, und auch hätte geschehen können, wenn gleich der Schuldner das Pfand ohne Einwilligung des Gläubigers verkauft hätte, so kann dieß die Fortdauer des Pfandrechts nicht hindern. Allein der eigentliche Grund ist der, weil alles in dem vorigen Zustande bleibt, wenn die Veräusserung rückgängig wird, eben so, als wenn sie gar nicht geschehen wäre. S. Cujacius Comm. ad *Pauli* libr. 3. Quaestion. ad h. L.

22) *L.* 8. §. 11. *D. h. t.*

23) *L.* 8. §. 7. *et* 8. *D. h. t.*

nicht mit, in deren Veräusserung der Gläubiger einmal eingewilligt hat, wenn der Schuldner sie nachher wieder erwirbt. In hoc quidem casu, sagt Justinian *L. ult. Cod. de remiss. pignor.*, diversae sententiae a legum prudentibus habitae sunt, quibusdam dicentibus jus pignoris creditori renovari propter verbum *futurarum rerum*, quod in generalibus hypothecis poni solitum est, aliis penitus extingui. *Nobis autem visum est, eum, qui semel consensit alienationi hypothecae, et hoc modo suum ius respuit, indignum esse eandem rem, utpote ab initio ei suppositam, vindicare, vel tenentem inquietare.*

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß der Gläubiger seine Einwilligung in die Veräusserung nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend erklären kann. Marcian rechnet dahin z. B. den Fall, wenn der Gläubiger den Kaufbrief unterschreibt; er müßte denn beweisen können, daß er offenbar dabei überlistet worden sey[24]).

6) Wenn der Gläubiger in die weitere Verpfändung der Sache, woran ihm ein Pfandrecht zusteht, eingewilligt hat, so ist vor allen Dingen darauf zu sehen, was dabei die Absicht der Interessenten gewesen sey; nämlich ob Aufgebung des Pfandrechts, oder nur der Priorität desselben beabsichtigt wurde. Hat sich der Gläubiger sein Pfandrecht ausdrücklich vorbehalten, oder walten sonst Umstände vor, welche dieß als wahrscheinliche Absicht der Partheien darstellen, z. B. hat der Gläubiger nur bis auf eine gewisse Summe in die weitere Verpfändung ge-

24) *L.* 8. §. 15. *D. h. t.*

willigt, weil dann das Pfand für beide Sicherheit gewährt[25]); so läßt sich freilich eine Begebung des Pfandrechts nicht annehmen, sondern die Folge der Einwilligung des Gläubigers in die weitere Verpfändung der Sache ist nun blos die, daß der einwilligende Pfandgläubiger dem neuen Gläubiger nachstehen muß. Hieher gehört die Stelle aus Marcians *libro singulari ad formulam hypothecariam*, welche *L.* 12. §. 4. *D. Qui potiores in pign.* folgendermaßen darstellt:

Si tecum de hypotheca paciscatur debitor, deinde idem cum alio tua voluntate, *secundus potior erit*. Pecunia autem soluta secundo an rursus teneatur tibi, recte quaeritur? *Erit autem facti quaestio agitanda, quid inter eos actum sit: utrum ut discedatur ab hypotheca in totum, cum prior concessit creditor alii obligari hypothecam: an ut ordo servetur, et prior creditor secundo loco constituatur.* Walten hingegen solche besondere Umstände nicht vor, welche die Absicht des Gläubigers, daß er sich das Pfandrecht habe vorbehalten wollen, gewiß oder wahrscheinlich machen, so erlaubt das Gesetz aus der Einwilligung des Gläubigers in eine weitere Verpfändung der ihm zuerst verpfändeten Sache, als rechtliche Vermuthung, den Schluß, daß der Gläubiger sich seines Pfandrechts begeben habe[26]). So lehrt Paulus libro 5. Responsorum, woraus die *L.* 12. *D. h. t.* entlehnt ist.

25) *L.* 36. §. 1. *D. de pign. act.*

26) Man vergleiche hier vorzüglich Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. Absch. V. S. 144. f.

PAULUS respondit, Sempronium antiquiorem creditorem consentientem, cum debitor eandem rem tertio creditori obligaret, *ius suum pignoris remisisse videri*, non etiam tertium in locum ejus successisse: et ideo medii creditoris meliorem causam effectam. Idem observandum est, etsi Respublica tertio loco crediderit.

Viele [27]) kehren zwar als Regel den Satz geradezu um, weil es Grundsatz sey, den die Gesetze [28]) selbst nicht verkennen, daß man im Zweifel von Jedem annehmen müsse, er habe von seinem Rechte so wenig als möglich aufgeben wollen. Ganz diesem Grundsatze gemäß sey auch die Entscheidung Marcians. Er sage nicht nur, der neue Gläubiger werde potior seyn, das heißt, dem Einwilligenden vorgehen; denn sonst wäre er ja nicht sowohl

27) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 15. FRANTZKIUS Commentar. in Dig. h. t. nr. 110 — 113. CARPZOV Iurisprud. for. P. I. Const. 28. Def. 131. HUBER Eunomia Romana ad L. 12. pr. D. h. t. pag. 749. MUDAEUS de pignoribus h. t. nr. 26. LEYSER Meditat. ad Pand. Spec. CCXXXIII. medit. 3. et 4. *Chr.* THOMASIUS in Diss. de remissione tacita pignoris per consensum in novam oppignorationem. *Halae* 1715. (Vol. III. *Dissert.* Nr. 26.) BECKMANN Diss. de successione creditoris in alterius locum. *Goett.* 1781. §. 10. sq. ERXLEBEN Doctr. de iure. pignor. §. 337. WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. II. cap. 5. §. 21. pag. 441. *Io. Herm.* BECKER Diss. de pignore universitatis. *Ienae* 1791. §. 8. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 807. Not. 2. S. 353. u. a. m.

28) *L.* 9. *L.* 34. *D. de div reg. iuris.* Semper in obscuris, *quod minimum est,* sequimur.

potior, als vielmehr solus creditor; sondern er bemerke auch, es sey dieß überhaupt eine quaestio facti, was eigentlich die Absicht der Partheien dabei gewesen sey; und dadurch gebe er deutlich genug zu erkennen, daß die Einwilligung des Pfandgläubigers in die weitere Verpfändung der Sache keine nothwendig schlüßige Handlung der Aufgebung des ganzen Pfandrechts sey, sondern dieß aus anderen noch hinzukommenden Umständen beurtheilt werden müsse. Ihm sey auch Paulus nicht entgegen. Denn die Frage, welche dieser Rechtsgelehrte hier entscheide, sey nicht sowohl die, ob der Gläubiger durch die Einwilligung in die neue Verpfändung sein Pfandrecht verliere, sondern ob der neue Gläubiger an seine Stelle trete, so daß er einem in der Mitte stehenden Pfandgläubiger vorzuziehen sey; und nur diese Frage verneine er. Also nur im Verhältniß zu diesem habe er sich seines Pfandrechts begeben; denn dieser erhalte dadurch den Vortheil, daß er die erste Stelle einnimmt. An eine gänzliche Aufgebung des Pfandrechts aber habe Paulus nicht gedacht. Niemand wird gewiß das Gewicht dieser Gründe verkennen, und ich habe ihnen lange Zeit meinen Beifall gegeben. Dennoch scheint mir der Ausspruch des Paulus ganz entscheidend zu seyn. Es kommt nämlich in dem Falle, wo ein Pfandgläubiger in die weitere Verpfändung der Hypothek willigt, auf zwei Fragen an: 1) Welche Rechte erhält dadurch der neue Gläubiger? Unstreitig geht dieser dem einwilligenden Pfandgläubiger zwar immer vor, allein er tritt nicht immer in dessen Stelle ein, sondern ist noch ein medius creditor da, so tritt derselbe an des ersteren Gläubigers Platz, und geht dem neuen Gläubiger vor. Hierin sind Marcian und Paulus einverstanden. Wenn

man nun aber schon hierin den Grund der Entscheidung gefunden zu haben vermeint hat, daß der erste Pfandgläubiger durch seine Einwilligung sich seines Pfandrechts begeben habe, so irrt man sich. Denn hätte sich der erste Pfandgläubiger auch nur der Priorität begeben, so würde doch der neue Pfandgläubiger nicht in seine Stelle eintreten, sondern der zweite Gläubiger ein Recht darauf erworben haben, welches ihm unter dem Vorwande, die Entsagung sey blos zu Gunsten des neuen Gläubigers geschehen, keineswegs entzogen werden kann. Der Ausspruch des Paulus: *medii creditoris meliorem causam effectam*, gilt also ganz allgemein, der erste Pfandgläubiger mag sich seines Pfandrechts oder nur seines Vorzugsrecht begeben haben.

2) Welche Rechte verbleiben dem einwilligenden ersten Pfandgläubiger? Hier lehrt Paulus: es soll im Zweifel Entsagung des Pfandrechts vermuthet werden. Diesem Satze ist Marcian nicht entgegen. Er sagt nur, man solle zuvörderst darauf sehen, was die Absicht der Interessenten dabei gewesen sey, welche aus der Art der Consensertheilung und aus den Umständen zu beurtheilen ist. Nun können allerdings solche besondere Umstände in dem vorkommenden Falle vorhanden seyn, welche das Gegentheil der gesetzlichen Vermuthung deutlich ergeben, wenigstens soviel bewirken, daß der Richter auf die eidliche Bewahrheitung desselben erkennen kann[29]). Daß aber in dem Grundsatze selbst Marcian mit Paulus einig

29) S. Weber a. a. O. S. 144.

sey, erhellt aus der von ihm aufgeworfenen Frage, ob das Pfand nicht wenigstens alsdann dem ersten Gläubiger noch hafte, wenn der zweite Gläubiger mit dem Gelde des neuen Gläubigers abgefunden worden ist. Wie konnte diese Frage aufgeworfen werden, wenn sich der erste Gläubiger durch seine Einwilligung in die weitere Verpfändung der Hypothek im Zweifel nur seines Vorzugsrechts begeben hätte? Da Marcian zuvörderst darauf gesehen wissen will, quid inter eos actum sit, ob solche überwiegende Gründe in facto vorhanden sind, welche jene gesetzliche Vermuthung ausschließen, so wird man sich nun auch nicht mehr an den Ausdruck: secundus *potior* erit stoßen. Denn hat sich der erste Gläubiger entweder sein Pfandrecht vorbehalten, oder erscheint sonst aus den Umständen, daß dieß die Absicht des Gläubigers gewesen sey, so ist ja nun der neue Gläubiger nicht der alleinige, sondern nur der vorgehende Pfandgläubiger. Denn einen Zweck muß doch die Consensertheilung des ersten Gläubigers in die weitere Verpfändung der Hypothek haben, weil ja sonst der Schuldner, auch ohne den Gläubiger zu fragen, die Sache einem Andern hätte verpfänden können. Hätte endlich Paulus in der *L.* 12. *D. h. t.* blos die Rangordnung unter den Gläubigern bestimmen wollen, so würde wohl dieses Fragment so gut, wie jenes des Marcian, seinen Platz in dem Titel: *Qui potiores in pignore* gefunden haben. Allein schon der Titel, unter welchen dieses Fragment in den Pandecten gestellt ist, beweist, daß der Satz: das Pfandrecht des ersten Gläubigers geht durch die Einwilligung in die weitere Verpfändung der Hypothek, wegen einer im Zweifel zu vermuthenden Entsagung desselben, verloren, die Hauptthese

in demselben ausmacht [30]). Uebrigens kann auch hier die Einwilligung in die weitere Verpfändung stillschweigend, z. B. durch Mitunterschrift der Urkunde, worin das neue Pfandrecht bestellt wurde, erklärt werden. Einen solchen Fall hat Modestin *libro* 4. *Responsorum.*, woraus die *L.* 9. §. 1. *D. h. t.* genommen ist. Titius Sejo pecuniam sub pignore fundi dederat, qui fundus cum esset Reipublicae ante obligatus, secundus creditor pecuniam Reipublicae eam solvit; sed Maevius exstitit, qui dicebat, ante Rempublicam sibi fundum obligatum fuisse; inveniebatur autem Maevius, instrumento cautionis cum Republica facto a Sejo interfuisse, et subscripsisse, quo caverat Sejus, fundum nulli alii esse obligatum. Quaero, an actio aliqua in rem Maevio competere potest? MODESTINUS respondit, pignus, cui is, de quo quaeritur, consensit, minime eum retinere posse. Zwar ist hier

30) Diese Meinung vertheidigen insonderheit MEVIUS Decision. Tom. I. P. V. Decis. 72. *Hartm.* PISTORIS Quaestion. iuris P. III. Qu. 16. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 9. BACHOV de pignorib. et hypoth. Lib. V. cap. 8. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 8. WORDENHOFF Diss. de concursu et collisione utriusque hypothecae tum generalis tum specialis §. 14. in OELRICHS Thes. novo Dissertation. iurid. Belgicar. Vol. I. T. II. T. II. pag. 730 — 732 HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. II. §. 1227. Thibaut Syst. des Pand. Rechts 2. B. §. 667. GÜNTHER Principia iuris Rom. priv. noviss. T. II. §. 692. am Ende. Schweppe röm. Privatrecht 1. B. §. 308. Borst Ueber die Beweiskraft im Civilprozeß §. 31. und Gesterding Pfandrecht §. 37. S. 299. ff.

von einem solchen Falle die Rede, wo das Pfandinstrument, welches der Gläubiger mit unterschrieben hatte, die Versicherung des Schuldners enthielt, daß sonst keine Hypothek weiter auf dem Grundstück hafte; allein in der Entscheidung Modestins wird auf diesen Umstand keine Rücksicht genommen, sondern der Grund derselben blos in der Einwilligung des Gläubigers in die neue Verpfändung gesucht.

§. 1105.

2) Uebrige Arten der Aufhebung des bloßen Pfandverhältnisses ausser der Remission.

Das Pfandrecht erlischt ferner **II.** durch gänzlichen Untergang der verpfändeten körperlichen Sache [31]); doch dauert bei verpfändeten Gebäuden das Pfandrecht an der Brandstätte fort, und wird daher, wenn darauf ein neues Gebäude wieder aufgeführt wird, ebenfalls wieder hergestellt. **Domo pignori data,** sagt Paulus *L.* **21.** *D. de pign. act.*; **et area ejus tenebitur est enim pars ejus.** ***Et contra ius soli sequetur aedificium.***

Ob die Wiederherstellung vom Schuldner selbst oder von einem Dritten geschieht, an welchen der Schuldner den Platz verkauft hat, ist gleichviel; jedoch kann der dritte **bonae fidei possessor** den Ersatz der Baukosten fordern, so weit nämlich das neue Gebäude jetzt mehr werth ist, wie das alte. Paulus *L.* **29. §. 2.** *D. de pignor.* **Domus pignori data exusta est, eamque aream emit Lucius Titius et exstruxit. Quaesitum est de iure pignoris. PAULUS respondit, pignoris**

31) *L.* 8. *pr. D. h. t.*

persecutionem perseverare; et *ideo ius soli superficiem secutam videri, id est, cum iure pignoris;* sed bona fide possessores non aliter cogendos creditoribus aedificium restituere, *quam sumtus in exstructione erogatos, quatenus pretiosior res facta est, reciperent.* Vom Schuldner sagt Labeo *L.* 35. *D. eodem:* Si insula, quam tibi ex pacto convento licuit vendere, combusta est, deinde a debitore suo restituta, idem in nova insula juris habes.

Wird die verpfändete Sache blos verändert, so kommt es darauf an, ob das, was durch die Veränderung hervorgebracht wird, doch noch immer eine solche Art von Sache bleibt, worauf ein Pfandrecht gegeben worden ist, oder ob es durch die Veränderung in eine ganz andere Art von Sache übergeht. In dem ersteren Falle dauert das Pfandrecht auf der veränderten Sache fort, in dem letzteren Falle aber erlischt dasselbe[32]). Wird also das verpfändete Haus niedergerissen, und aus der area ein Garten gemacht, oder wird über eine verpfändete area ein Gebäude aufgeführt, oder wird ein Acker in einen Weinberg umgeschaffen, so ist eine solche Veränderung dem Pfandrecht unnachtheilig. Denn in allen diesen Fällen war das Grundstück selbst verpfändet worden, und dieses bleibt doch, aller Veränderung ungeachtet, immer noch ein Grundstück. Daher sagt Marcian *L.* 16. §. 2. *D. de pign.:* Si res hypothecae data, postea mutata fuerit, aeque

32) S. *Car. Frid.* Walch Diss. de iure creditoris mutata re oppignorata. *Ien.* 1769. Westphal Pfandrecht §. 250. Erxleben Princip. de iure pignor. §. 338. und Gesterding Lehre vom Pfandrecht §. 38.

hypothecaria actio competit: veluti de domo data hypothecae et horto facta. Item si de loco convenit, ei domus facta sit. Item de loco dato, deinde vineis in eo positis. Wenn aber aus dem verpfändeten Gehölze ein Schiff erbaut wird, so hört das Pfandrecht auf, wie Paulus lehrt, *L.* 18. §. 3. *D. de pign. act.*: Si quis caverit, ut silva sibi pignori esset, navem ex ea materia factam, non esse pignoris, CASSIUS ait, *quia aliud sit materia, aliud navis*, et ideo nominatim in dando pignore adjiciendum esse ait, *quaeque ex silva facta natave sint.* Hier war eigentlich nur die superficies, nicht das Grundstück selbst verpfändet, wie Walch[33]) ganz richtig bemerkt hat. Das Nämliche würde also stattfinden, wenn mir Jemand nicht seinen Weinberg selbst, sondern blos die dießjährige Weinlese, ferner wenn mir Jemand nicht den Acker selbst, sondern die dießjährige Ernte verpfändet hätte, und die Früchte nachher so umgestaltet wurden, daß keine Zurückführung in die vorige Gestalt mehr möglich ist[34]). Voet[35]) will zwar dieß nur unter der Voraussetzung annehmen, wenn die Veränderung nicht von dem Verpfänder selbst, sondern von einem Dritten geschehen ist; allein die angeführte Gesetzstelle redet ganz allgemein, und es scheint, daß Paulus gerade den Fall einer vom Schuld-

33) Diss. cit. §. 13. Man vergleiche auch *Em.* MERILLIUS Observat. Lib. IV. cap. 19.

34) S. Schweppe röm. Privatrecht 1. B. §. 308.

35) Comment. ad Pand. Lib XX. Tit. 1. §. 4. und Tit. 6. §. 14.

ner selbst vorgenommen Verwandlung der Sache hauptsächlich vor Augen gehabt habe.

III. Das Pfandrecht endigt sich weiter, wenn das Recht des Verpfänders an der Sache ohne seinen Willen aufhört. Dahin gehört

1) wenn der Verpfänder gar kein Eigenthum, sondern nur ein anderes dingliches Recht an der Sache, z. E. ein Nutzungsrecht oder Pfandrecht hatte. Denn hört das Pfandrecht des Verpfänders auf, so hört auch das von diesem an der verpfändeten Sache einem Dritten wieder ertheilte Pfandrecht auf[36]). Eben so endigte sich das vom Usufruktuar ertheilte Pfandrecht, wenn mit seinem Tode der Nießbrauch wieder mit der Proprietät vereinigt wird[37]).

2) Wenn ihm zwar ein Eigenthum an der Sache zustand, welches aber von der Beschaffenheit war, daß es ihm auch ohne seinen Willen wieder entzogen werden konnte. Dahin gehört,

a) wenn der Emphyteute sein Grundstück verpfändete, und dieß durch Privation oder durch Consolidation an den Erbzinsherrn zurückfällt[38]).

b) Wenn der Erbe die unter einer Bedingung vermachte oder mit einem Fideicommiß beschwerte Sache verpfändete, und die Bedingung nachher eintritt[39]).

36) *L.* 40. §. *ult. D. de pign. act.* *L.* 1. et 2. *Cod. Si pignus pignori datum sit.*

37) *L.* 8. *pr. D. h. t.*

38) *L.* 31. *D. de pignorib.*

39) *L. ult.* §. 3. *C. Communia de legatis.*

c) Wenn der Verpfänder das Eigenthum an der Sache unter einer resolutiven Bedingung erwarb, und die Sache vermöge derselben an den vorigen Eigenthümer wider seinen Willen zurückfällt. Z. B. dem Kaufe war die lex commissoria oder die addictio in diem beigefügt. Hatte er hingegen die Sache cum pacto displicentiae erworben, und gibt dieselbe nachher zurück, weil ihn der Kauf gereuete, so hört das darauf ertheilte Pfandrecht eben so wenig auf, als wenn er die Sache freiwillig an einen Dritten verkauft.

L. 4. §. 3. *D. de in diem addict.* ULPIANUS *libro XXVIII. ad Sabinum.* Sed et MARCELLUS *libro V. Digestorum* scribit: pure vendito et in diem addicto fundo, si melior conditio allata sit, rem pignori esse desinere, si emtor cum fundum pignori dedisset. Ex quo colligitur, quod emtor medio tempore dominus esset; alioquin nec pignus teneret.

L. 3. *D. Quibus modis pignus solv.* ULPIANUS *libro* 8. *Disputationum.* Si res distracta fuerit sic: *nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset*, fueritque tradita, et forte emtor, antequam melior conditio offerretur, hanc rem pignori dedisset, MARCELLUS *libro V. Digestorum* scribit, *finiri pignus*, si melior conditio fuerit allata; quamquam ubi sic res distracta est: *nisi emtori displicuisset*, pignus finiri non putet.

Eben das gilt, wenn er eine fehlerhafte Sache dem Verkäufer zurückgibt.

L. 4. *pr. D. h. t.* ULPIANUS *libro* 73. *ad Edictum.* Si debitor, cujus res pignori obligatae erant, ser-

vum, quem emerat, *redhibuerit*, an desinat Servianae locus esse? Et magis est, ne desinat: nisi ex voluntate creditoris hoc factum est.

L. 43. §. 8. *D. de aedilit. Edicto.* PAULUS *libro I. ad Edictum Aedilium curulium.* Pignus manebit obligatum, *etiamsi redhibitus fuerit servus*; quemadmodum si eum alienasset, aut usumfructum ejus, non recte redhibetur, nisi redemtum sit, et *pignore liberatum* redhibeatur.

Denn es hängt in diesen Fällen nicht von dem Willen des Schuldners ab, dem Gläubiger das ihm ertheilte Pfandrecht durch freiwillige Aufgebung des Eigenthums wieder zu entziehen [40]).

IV. Das Pfandrecht hört auch durch Ablauf der Zeit auf, auf welche es bestellt wurde [41]). Nicht minder

V. durch Confusion, d. h. wenn der Gläubiger nachher das Eigenthum der verpfändeten Sache erwirbt, weil Niemand an seiner eigenen Sache ein Pfandrecht haben kann [42]);

VI. durch Mißbrauch und schlechte Behandlung der Sache [43]).

40) Man sehe hier VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 9., vorzüglich aber Gesterding Lehre vom Pfandrecht §. 39.

41) *L.* 6. *pr. D. h. t.*

42) *L.* 9. *pr. D. h. t. L.* 20. §. 3. *L.* 29. *D. de pign. act. L.* 30. *in. fin. D. de except. rei iudicatae.* — Neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore, sagt daselbst Paulus.

43) *L.* 24. §. *ult. D. de pign. act.* In pigneratitio iudicio venit et *si res pignori datas male tractavit creditor*,

VII. Durch Verweigerung der cautio damni infecti, wenn der Gläubiger im Besitz des Pfandes sich befand, und dem Imploranten weichen mußte, der nun in den Besitz gesetzt worden ist [44]). Endlich

VIII. wenn der Erbe die Erbschaft cum beneficio inventarii antrat, so erlischt das Pfandrecht der Gläubiger an den Sachen, welche der Erbe zur Befriedigung der Legatare verkauft hat. Die hypothekarischen Gläubiger müssen sich in diesem Falle lediglich an diejenigen Gläubiger und Legatare halten, welche ihre Bezahlung daraus erhalten haben [45]).

vel servos debilitavit. — Quare si prostituit ancillam, vel aliud improbatum facere coegit, *illico pignus ancillae solvitur*. S. Thibaut System des Pand. Rechts 2. Th. §. 666. VII. Gesterding Pfandrecht §. 40. Nr. 7. Anderer Meinung sind jedoch Hufeland im Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 807. Not. 3. und zum Theil Konopak in den Institutionen des röm. Rechts §. 315.

44) *L.* 15. §. 24. *et* 25. *D. de damno infecto.* Item quaeritur in pignoratitio creditore, an pignoris persecutio denegetur adversus eum, qui iussus sit possidere? Et magis est, ut, si neque debitor repromisit, neque creditor satisdedit, *pignoris persecutio denegetur.* Westphal de libertate et servitut. praed. §. 294. et 295.

45) *L. ult.* §. 8. *Cod. de iure deliberandi.* Sed nec adversus emtores rerum hereditariarum, quas ipse heres pro solvendis debitis, vel legatis vendidit, venire alii concedatur: cum satis anterioribus creditoribus a nobis provisum est, vel ad posteriores creditores, vel ad legatarios pervenientibus, et suum ius persequentibus.

IX. Insonderheit erlischt auch die hypothekarische Klage durch Verjährung. Hier sind folgende Fälle zu unterscheiden:

A. Befindet sich der Schuldner oder sind dessen Erben im Besitze des Pfandes, so wird ein Zeitverlauf von 40 Jahren erfordert, wenn gleich die persönliche Schuldklage früher erlischt.

L. 7. Pr. Cod. de praescriptione 30. *vel* 40. *annorum.* Imp. IUSTINIANUS A. Archelao P. P. Cum notissimi iuris sit, actionem hypothecariam in extraneos quidem suppositae rei detentatores annorum triginta finiri spatiis, si non interruptum erit silentium, ut lege cautum est, id est, etiam per solam conventionem, aut si aetas impubes excipienda monstretur, in ipsos vero debitores aut heredes eorum primos vel ulteriores nullis exspirare lustrorum cursibus: nostrae provisionis esse perspeximus, hoc quoque emendare, ne possessores eiusmodi prope immortali timore teneantur. §. 1. Quamobrem iubemus hypothecarum persecutionem, quae rerum movetur gratia, vel apud debitores consistentium, vel apud debitorum heredes, *non ultra quadraginta annos*, ex quo competere coepit, prorogari, nisi conventio, aut aetas (sicut dictum est) intercesserit, ut diversitas utriusque rerum persecutionis, quae in debitorem aut heredes eius, quaeque movetur in extraneos, in solo sit annorum numero: verum in aliis omnibus ambae similes sint, in actione scilicet personali his custodiendis, quae prisca Constitutionum sanxit ustitia.

B. Besitzt ein nachstehender Pfandgläubiger das Pfand, so kann er

1) bei Lebzeiten des Schuldners sich gegen den vorgehenden Pfandgläubiger auch nur durch eine Verjährung von 40 Jahren schützen;

2) nach dem Tode desselben aber ist ein Verlauf von 30 Jahren hinreichend, wenn er blos die Zeit seines eigenen Besitzes rechnen will. Er kann indessen auch die Zeit vor und nach dem Tode des Schuldners zusammenrechnen, er mag nun entweder schon selbst bei Lebzeiten des Schuldners im Besitze gewesen seyn, oder der Schuldner die Sache noch besessen haben; dann werden aber zusammen 40 Jahre erfordert.

L. 7. §. 2. *Cod. eodem.* Sed cum illud etiam in forensibus controversiis ventilabatur, an creditor anteriora praetendens, potest posteriorem creditorem hypothecam tenentem etiam ultra triginta annos inquietare, utpote imaginem debitoris obtinentem, eique possidentem, necessarium duximus, et hoc dirimere. Et sancimus, donec communis debitor vivit, non posse creditori anteriori triginta annorum exceptionem opponi, sed locum esse quadraginta annorum praescriptioni, quia, dum ille vivit, merito anterior creditor confidit, utpote apud debitorem ejus possessione per posteriorem creditorem constituta. Ex quo autem in fata sua debitor decesserit, ex eo quasi suo nomine possidentem posteriorem merito posse triginta annorum opponere praescriptionem: et secundum hanc distinctionem computationem temporum adhibendam, ut ex persona qui-

dem sua posterior creditor triginta annos, per quos ipse post mortem debitoris possedit, opponat. Sin autem conjungere voluerit suae possessioni, quam post mortem debitoris habuit, etiam tempus, quo vivente debitore, vel ipse creditor, vel communis debitor detinuit, tunc quadraginta annorum exceptionis jura tractari, et quantum deest, ad quadraginta annorum possessionem, per quam et ipse debitor creditorem repellere poterat, hoc se possedisse ostendat.

B. Besitzt ein Dritter das Pfand als Eigenthümer, so muß man die Verjährung, wodurch der dritte Besitzer das Eigenthum an der verpfändeten Sache gegen den Schuldner erwirbt, von der Verjährung unterscheiden, wodurch die actio hypothecaria des Pfandgläubigers aufgehoben wird. Jene hebt das Pfandrecht des Gläubigers nicht auf, es ist also auch die hypothekarische Klage desselben gegen den Besitzer des Pfandes nicht erloschen, weil derselbe das Eigenthum der Sache cum suo onere erwarb, nicht anders, als wenn er die Sache von dem Schuldner gekauft hätte [46]).

L. 7. Cod. de pignorib. Imp. GORDIANUS A. *Martiano.* Usucapio pignoris conventionem non extinguit.

In Ansehung der letzteren hingegen ist wieder zu unterscheidrn, ob

46) *L.* 44. §. 5. *D. de usurpat. et usucap.* *L.* 1. §. 2. *D. de pignorib.* *L.* 2. *D. pro herede.*

1) der Besitzer auch in Ansehung des auf der Sache haftenden Pfandrechts eben so, wie in Ansehung des zu erwerbenden Eigenthums, sich in bona fide befand. Dann ist die Verjährung auch gegen den Pfandgläubiger in 10 Jahren inter praesentes und in 20 Jahren inter absentes vollendet [47]).

L. 1. *Cod. Si adversus creditorem praescriptio opponatur.* Imp. GORDIANUS A. *Veneriae.* Diuturnum silentium longi temporis praescriptione corroboratum, creditoribus pignus persequentibus efficacem actionem constituit: praeterquam si debitores, vel qui in eorum jura successerunt, obligatae rei possessioni incumbant. Ubi autem creditori a possessore longi temporis praescriptio objicitur, personalis actio adversus debitorem salva ei competit.

L. 2. *Cod. eodem.* Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. et CC. *Marcellae.* Si debitori heres non extitisti, sed justa viginti annorum possessione collata in te donatio corroborata est, neque personali actione, quia debitori non successisti, convenire te iuris ratio permittit: neque data pignori praedia post intervallum longi temporis tibi auferenda sunt; quando etiam praesentibus creditoribus decem annorum praescriptionem opponi posse, tam Rescriptis nostris, quam priorum principum statutis probatum sit.

47) *L.* 17. *Cod. de praescript. longi tempor.* (VII. 33) *L. ult. Cod. de obligat. et action.* (VI. 10.)

2) Fehlt es hingegen dem Besitzer an der bona, fides und wußte er, daß ein Pfandrecht auf der Sache hafte so wird ein Zeitverlauf von 30 Jahren erfordert, um die hypothekarische Klage des Gläubigers durch Extinctivverjährung auszuschließen [48]).

48) *L. 7. pr. C. de praescr.* 30. *vel* 40 *annor. L.* 3. *C. eodem.* — Verb. Eodem etiam iure in eius persona valente, *qui pignus vel hypothecam non a suo debitore, sed ab alio per longum tempus possidente nititur vindicare.* S. Westphal's Pfandrecht §. 246. u. 247. Not. 280. S. 364. und Gesterding Lehre vom Pfandrecht §. 45. S. 354 — 357.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich <<von>>, / Mühlenbruch, Christian Friedrich, /
Fein, Eduard,

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

Bd.: 19,2

Erlangen 1845

J.rom.c. 137 b-19,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565496-3
VD18 10657126-002